Das Kündigungsrecht beider Vertragsteile beim Werkvertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. Mekl.

vorgelegt von

Walther Zubke,

Gerichtsreferendar aus Neustettin.

A. Roese, Lauenburg i. Pom.

1908.

Im Andenken
an meinen lieben Vater
meiner guten Mutter
aus Dankbarkeit.

Referent: Prof. Dr. Bernhöft

Uebersicht.

A. Einleitung:

§ 1. 1. **Begriff des Werkvertrages nach bürgerlichem Gesetzbuche:** . . . . S. 1.

a. Das vom Unternehmer versprochene Werk,

b. Die vom Besteller zu entrichtende Vergütung

§ 2. 2. **Aufstellung des Themas und Ueberblick über die Arbeit.** . . . . S. 6.

B. Ausführung:

1. Abschnitt: Das Kündigungsrecht des Bestellers: . . . . S. 8.

§ 3. a. **Die Voraussetzungen der Kündigung.** S. 8.

1) im allgemeinen:

a. bei fehlender Vereinbarung:

a) Nichtvollendung des Werkes;

b) außerdem keine Voraussetzungen:

1. weder sachliche,

2. noch zeitliche.

b. Einfluß der Vereinbarung:

a_1 zeitliche Beschränkungen des Kündigungsrechtes: Ist die Ausschließung des Kündigungsrechtes.

1. für immer,

2. für bestimmte Zeit möglich?

b_1 sachliche Beschränkungen des Kündigungsrechtes.

2.) in besonderen Fällen:

a. Der Werkvertrag ist unter aufschiebender Bedingungen bezw. einem Anfangstermine

abgeschlossen:
a) bei fehlender Vereinbarung;
b) bei Vereinbarung eines Kündigungsgrundes;
b. Der Werkvertrag ist unter einer Endbestimmung abgeschlossen.

§ 4. b. **Die Wirkungen der Kündigung:** S. 19.

1. Der dem Unternehmer bei Kündigung ohne Rücksicht auf den Kündigungsgrund des § 650 zustehende Anspruch:
a. die Höhe des Anspruches:
a) im allgemeinen:
1. Der Unternehmer kann die Vergütung verlangen;
2. Er muß sich anrechnen lassen:
a) was er an Aufwendungen erspart,
b) oder durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt, oder
c) was er zu erwerben böswillig unterlassen hat;
A. Die Böswilligkeit in Beziehung zur Fahrlässigkeit:
B. Die Böswilligkeit in Beziehung zum Vorsatz.
b) in besonderen Fällen:
1. beim gewöhnlichen Werkvertrag;
a) die Vergütung besteht in Geld,
b) die Vergütung besteht nicht in Geld;
2. Beim Quotalwerkvertrag.
b. Die rechtliche Bedeutung des Anspruches:
a) Seine Beziehung zu dem Anspruche aus § 324;
b) Seine rechtliche Natur zeigt sich darin, daß er
1. nicht auf Schadenersatz, sondern
2. auf Entgelt geht.

2. Der dem Unternehmer bei Kündigung wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages zustehende Anspruch.
a) Die besonderen Voraussetzungen dieses Anspruches:
a) Abschluß eines Werkvertrages unter zugrundelegen eines Kostenanschlages.
b) wesentliche Ueberschreitung des Anschlages,
c) Kündigung aus diesem Grunde.
b) Die Höhe dieses Anspruches:
a) Der Unternehmer kann einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und
b) Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.
c) Die rechtliche Bedeutung des Anspruches:
a) Seine Beziehung zu dem Anspruche aus § 645 Abs. 1. Stz. 1.
b) Seine rechtliche Natur zeigt sich darin, daß er
1. nicht auf Entgelt, sondern
2. auf Schadensersatz geht.
2. Abschnitt: Das Kündigungsrecht des Unternehmers . . . . S. 46.
§. 5. a. **Die Voraussetzungen der Kündigung**. S. 46.
1. im allgemeinen:
a. bei fehlender Vereinbarung.
a) die Voraussetzungen selbst:
I. eine zur Herstellung des Werkes erfoderliche Handlung des Bestellers;
a) Art der Handlung;
b) Erforderlichkeit der Handlung;
II. Annahmeverzug des Bestellers durch Unterlassen der Handlung:
A) die Voraussetzungen hierfür auf seiten des Unternehmers.
1. die Leistungsbereitschaft:
a. im allgemeinen,

b. im besonderen
a. bei subjektiver,
b. bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung.
2. Das Angebot der Leistung:
a. beim Gläubigervorzug im allgemeinen.
b. beim Annahmeverzug des Bestellers im besondern:
a. Das tatsächliche Angebot:
b. Das wörtliche Angebot.
a) Das wörtliche Angebot selbst.
b) Ersatz desselben durch Aufforderung zur Vornahme der Handlung.
3. Möglichkeit des Unterlassens des Angebotes.
B) Die Voraussetzungen auf seiten des Bestellers:
1. Nichtannahme des Werkes infolge des Unterlassens der Handlung,
2. nicht Verschulden.
III. Das Bestimmen einer angemessenen Frist zur Vornahme der Handlung;
b) Grund für die Einräumung dieses Kündigungsrechtes.
b. Einfluß der Vereinbarung:
a) einer Ausschließung des Kündigungsrechtes,
b) eines weitergehenden Kündigungsrechtes;
2. im besondern: beim Werkvertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat:
a. Das gesetzliche Kündigungsrecht des Unternehmers,
b. Das vertragliche Kündigungsrecht des Unternehmers.

Das Kündigungsrecht beider Vertragsteile beim Werkvertrag nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristenfakultät der Universität Rostock i. Mekl.

vorgelegt von

Walther Zubke,

Gerichtsreferendar aus Neustettin.

A. Roese, Lauenburg i. Pom.

1908.

Im Andenken
an meinen lieben Vater
meiner guten Mutter
aus Dankbarkeit.

Referent: Prof. Dr. Bernhöft

Uebersicht.

A. Einleitung:

§ 1. 1. **Begriff des Werkvertrages nach bürgerlichem Gesetzbuche:** . . . . S. 1.

a. Das vom Unternehmer versprochene Werk,

b. Die vom Besteller zu entrichtende Vergütung

§ 2. 2. **Aufstellung des Themas und Ueberblick über die Arbeit** . . . . S. 6.

B. Ausführung:

1. Abschnitt: Das Kündigungsrecht des Bestellers: . . . . S. 8.

§ 3. a. **Die Voraussetzungen der Kündigung.** S. 8.

1) im allgemeinen:

a. bei fehlender Vereinbarung:

a) Nichtvollendung des Werkes;

b) außerdem keine Voraussetzungen:

1. weder sachliche,

2. noch zeitliche.

b. Einfluß der Vereinbarung:

a_1 zeitliche Beschränkungen des Kündigungsrechtes: Ist die Ausschließung des Kündigungsrechtes.

1. für immer,

2. für bestimmte Zeit möglich?

b_1 sachliche Beschränkungen des Kündigungsrechtes.

2.) in besonderen Fällen:

a. Der Werkvertrag ist unter aufschiebender Bedingungen bezw. einem Anfangstermine

abgeschlossen:
a) bei fehlender Vereinbarung;
b) bei Vereinbarung eines Kündigungsgrundes;
b. Der Werkvertrag ist unter einer Endbestimmung abgeschlossen.

§ 4. b. **Die Wirkungen der Kündigung:** S. 19.

1. Der dem Unternehmer bei Kündigung ohne Rücksicht auf den Kündigungsgrund des § 650 zustehende Anspruch:
   a. die Höhe des Anspruches:
      a) im allgemeinen:
         1. Der Unternehmer kann die Vergütung verlangen;
         2. Er muß sich anrechnen lassen:
            a) was er an Anfwendungen erspart,
            b) oder durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt, oder
            c) was er zu erwerben böswillig unterlassen hat;
               A. Die Böswilligkeit in Beziehung zur Fahrlässigkeit:
               B. Die Böswilligkeit in Beziehung zum Vorsatz.
      b) in besonderen Fällen:
         1. beim gewöhnlichen Werkvertrag;
            a) die Vergütung besteht in Geld,
            b) die Vergütung besteht nicht in Geld;
         2. Beim Quotalwerkvertrag.
   b. Die rechtliche Bedeutung des Anspruches:
      a) Seine Beziehung zu dem Anspruche aus § 324;
      b) Seine rechtliche Natur zeigt sich darin, daß er
         1. nicht auf Schadenersatz, sondern
         2. auf Entgelt geht.

2. Der dem Unternehmer bei Kündigung wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages zustehende Anspruch.
a) Die besonderen Voraussetzungen dieses Anspruches:
a) Abschluß eines Werkvertrages unter zugrundelegen eines Kostenanschlages.
b) wesentliche Ueberschreitung des Anschlages,
c) Kündigung aus diesem Grunde.
b) Die Höhe dieses Anspruches:
a) Der Unternehmer kann einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und
b) Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen.
c) Die rechtliche Bedeutung des Anspruches:
a) Seine Beziehung zu dem Anspruche aus § 645 Abs. 1. Stz. 1.
b) Seine rechtliche Natur zeigt sich darin, daß er
1. nicht auf Entgelt, sondern
2. auf Schadensersatz geht.

2. Abschnitt: Das Kündigungsrecht des Unternehmers. . . . . S. 46.

§. 5. a. Die Voraussetzungen der Kündigung. S. 46.
1. im allgemeinen:
a. bei fehlender Vereinbarung.
a) die Voraussetzungen selbst:
I. eine zur Herstellung des Werkes erfoderliche Handlung des Bestellers;
a) Art der Handlung;
b) Erforderlichkeit der Handlung;
II. Annahmeverzug des Bestellers durch Unterlassen der Handlung:
A) die Voraussetzungen hierfür auf seiten des Unternehmers.
1. die Leistungsbereitschaft:
a. im allgemeinen,

b. im besonderen
a. bei subjektiver,
b. bei objektiver Unmöglichkeit der Leistung.
2. Das Angebot der Leistung:
a. beim Gläubigervorzug im allgemeinen.
b. beim Annahmeverzug des Bestellers im besondern:
a. Das tatsächliche Angebot:
b. Das wörtliche Angebot.
a) Das wörtliche Angebot selbst.
b) Ersatz desselben durch Aufforderung zur Vornahme der Handlung.
3. Möglichkeit des Unterlassens des Angebotes.
B) Die Voraussetzungen auf seiten des Bestellers:
1. Nichtannahme des Werkes infolge des Unterlassens der Handlung,
2. nicht Verschulden.
III. Das Bestimmen einer angemessenen Frist zur Vornahme der Handlung;
b) Grund für die Einräumung dieses Kündigungsrechtes.
b. Einfluß der Vereinbarung:
a) einer Ausschließung des Kündigungsrechtes,
b) eines weitergehenden Kündigungsrechtes;
2. im besondern: beim Werkvertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat:
a. Das gesetzliche Kündigungsrecht des Unternehmers,
b. Das vertragliche Kündigungsrecht des Unternehmers.

§. 6. b. **Die Wirkungen der Kündigung:** . S. 65.
1. Die Zeit des Eintritts der Wirkungen.
2. Die Wirkungen selbst:
à. beim gewöhnlichen Werkvertrag:
a) im allgemeinen:
1. die Höhe des dem Unternehmer zustehenden Anspruches,
2. die rechtliche Bedeutung des Anspruches:
a. Seine rechtliche Natur,
b. seine Beziehung zu dem Anspruch aus § 645;
b) im besonderen: bei Verschulden des Bestellers:
b. beim Quotalwerkvertrag:
a) im allgemeinen,
b) bei Verschulden des Bestellers im besonderen.

C. Schluß:

§ 7. **Vergleich beider Kündigungsrechte:** . S. 71.
1. Ihre Voraussetzungen.
2. Ihre Wirkungen.

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für die civillistische Praxis. Freiburg i. Br.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. Erlangen 1886.
Burchard, Die Rechtsverhältnisse der gewerblichen Arbeiten. Berlin 1901.
Cosack, Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches Jena 1901.
Code Napoleon
Crome, System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902.
Crome, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre von den verschiedenen Arbeitsverträgen. Freiburg i. Br. 1897.
Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reiches. 3. Aufl. Halle 1882.
Dernburg, Pandekten. Berlin 1884.
Dernburg, Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und und Preußens. 1. und 2. Auflage. Halle 1901.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903.
Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuches. 3. Aufl. Berlin 1898.
Enneccerus Lehmann, Das Bürgerliche Recht, eine Einführung in das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Marburg 1898.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. Erlangen 1874.
Eickhoff, Ueber die compensatio lucri cum damno, Inaug-Diss Kiel 1898.
Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. 2. Lesung.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch.
Handausgabe mit Anmerkungen. 3. Aufl. München 1904
Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht. Berlin 1892.
Gierke, Deutsches Privatrecht. Leipzig 1895.

Goldmann und **Lilienthal**, Das Bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche. Mannheim 1898.

Hirsch, Zur Revision der Lehre vom Gläubigerverzuge. Leipzig 1895.

Jahnke, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag Inaug.-Diss. Greifswald 1904.

Jhering's Jahrbücher für die dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Jena 1874.

Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts [Neue Folge].

Immerwahr, Die Kündigung historisch und dogmatisch dargestellt. Breslau 1898.

Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Leistung bei gegenseitigen Verträgen nach bürgerlichem Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Kohler, Archiv für bürgerliches Recht.

Kornfeld, Die Voraussetzungen des Gläubigerverzuges nach gemeinem Recht und dem bürgerlichem Geseübuche Inaug.-Diss. Rostock 1903.

Kuhlenbek, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuche. Berlin 1901.

Landsberg, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches; ein dogmatisches Lehrbuch. Berlin 1904.

Larenz, compensatio lucri cum damno, Inaug.-Diss. Göttingen 1896.

Lißt, von, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 12. und 13. Aufl Berlin 1903.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Leipzig 1902.

Madai, von, Die Lehre von der mora. Halle 1837.

Matthiaß, Beiträge zum Obligationsrecht:

1. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Rechtsverhältnisse. Braunschweig 1853.
2. Zur Lehre von dem Interesse. Braunschweig 1855.
3. Die Lehre von der mora nebst Beiträgen zur Lehre von der culpa. Braunschweig 1855.

Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin und Leipzig 1888.

Munk, Wesen und Voraussetzungen der mora credictoris im gemeinen Recht und im bürgerlichen Gesetzbuche für das

Deutsche Reich. Berlin 1898.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. 2. Aufl., Berlin 1900.

Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche. Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.

Oertmann, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch im römischen und deutschen bürgerlichen Recht. Berlin 1901 II.

Petrazyki, von, Die Lehre vom Einkommen. Berlin 1895.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Berlin 1898.

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Rehbein, Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Berlin 1903.

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Rüdiger, Das Kündigungsrecht bei der Miete, Inaug.-Diss. Greifswald 1900.

Schaefer, Die Einwirkung der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung auf Schuldverhältnisse aus gegenseitigen Verträgen. Inaug.-Diss. Freiburg i. Br. 1902.

Schey, von, Begriff und Wesen der mora creditoris im österreichischen und gemeinen Recht. Wien 1884.

Schöffer, Die Abnahmepflicht beim Kauf- und Werkvertrag. Inaug.-Diss. Rostock 1903.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar. München 1900.

Schollmeyer, Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches in Einzeldarstellungen. Berlin 1904.

Schoemann, Die Lehre vom Schadenersatz. 1806.

Trappenberg, Die rechtliche Natur der Kündigung, Inaug.-Diss. Erlangen 1899.

Walsmann, compensatio lucri cum damno, Inaug.-Diss. Rostock 1900.

Warschauer, Der Tatbestand des Annahmeverzuges nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuche, Inaug.-Diss. Breslau 1902.

Wendt, Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.

Weyl, System der Verschuldensbegriffe im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. München 1905.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts VIII. Unter vergleichender Darstellung des Deutschen Bürgerlichen Rechts, bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900.

A. Einleitung.

§ 1. I. Der Begriff des Werkvertrages nach Bürgerlichem Gesetzbuche.

Wie für die sonstigen Rechtsgeschäfte, so fehlt es auch für den Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuche an einer ausdrücklichen Begriffsbestimmung. Bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches ging man nämlich von dem Standpunkte aus, daß es Aufgabe der Wissenschaft sei, aus dem im Gesetze geschilderten Wesen eines Rechtsgeschäftes seinen Begriff herzuleiten. Das Wesen des Werkvertrages tritt nun in dem § 631 deutlich zu Tage. Hiernach ist der Werkvertrag ein Vertrag, durch den sich der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Demnach lassen sich als wesentliche Begriffsmerkmale des Werkvertrages das Werk und die Vergütung bezeichnen.

Was das Bürgerliche Gesetzbuch unter dem Werke, auf dessen Herstellung der Werkvertrag gerichtet ist, verstanden wissen will, zeigt sich aus § 631 Abs. 2. Danach kann Gegenstand des Werkvertrages sowohl die Herstellung oder Aenderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Hieraus geht hervor, daß der Werkvertrag die Vollendung von Werken der mannigfachsten Art zum Gegenstande haben kann: mag es sich um die Hervorbringung materieller

oder inmaterieller Produkte handeln, mag die Ortsveränderung einer Person oder Sache in Frage stehen, stets kann ein Werkvertrag vorliegen. Das Werk an sich bildet — im Gegensatz zum Dienstvertrage — das charakteristische des Werkvertrages; die Dienste, die zu dem Werke geführt haben, bleiben für den Begriff des Werkvertrages außer Betracht.[1]) Ob der Unternehmer selbst den Erfolg bewirkt hat oder nicht, ändert die Natur des Werkvertrages nicht: auch der sog. Entrepreisevertrag ist den Bestimmungen des Werkvertrages im Bürgerlichen Gesetzbuche völlig unterworfen. Anders steht es hingegen, wenn der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Dann sollen nach § 675 die dort angeführten Bestimmungen über den Auftrag entsprechende Anwendung finden. Wann ein Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, findet in der Literatur eine verschiedene Beantwortung. Diese Streitfrage[2]) soll nicht eingehend erörtert werden. Man wird sich der Ansicht Riezlers[3]) anschließen können, nach der den Gegenstand des Werkvertrages fast immer eine Geschäftsbesorgung bildet, und nur ganz selten sozusagen von einem ganz reinen Werkvertrage die Rede sein kann, nämlich nur dann, wenn es sich auf seiten des Unternehmers „um eine geistige oder künstlerische Tätigkeit, die außerhalb seines Berufes liegt," handelt. Hiermit kommen wir vor allem im Gegensatz zu der von Hachenburg[4]) eingehend begründeten Meinung.

---

1) Auf die feineren Unterschiede zwischen Werk- und Dienstvertrag näher einzugehen, würde zu weit führen; vgl. hierüber Riezler S. 41—47 Hachenburg S. 40—46; Dernburg: Bürg. Recht Bd. II 2 S. 431. Cosack S. 530 u. a.

2) vgl. darüber Dernburg: Bürg Recht Bd. II 2 S. 364 365; Schollmeyer: Das Recht d. B. G.-B. S. 100 Alum II; Cosack S. 513, 514; Crome Part. Rechtsgesch. S. 155, 256 Oertmann S. 409 u. a.

3) Riezler S. 74—78.

4) Hachenburg S. 11—35.

Danach soll nämlich jeder Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, da ein Unterschied zwischen dem Werkvertrage und Auftrage, ebenso wie zwischen der Miete und Leihe sich nur in der Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit des einen oder andern Rechtsgeschäftes zeige. Aus diesem Grunde will Hachenburg[1]) die im § 675 angegebenen Vorschriften über den Auftrag stets auf den Werkvertrag anwenden. Diese Ansicht wird sich jedoch kaum halten lassen; denn offenbar ergibt sich aus der Fassung des § 675, daß das Gesetz auch Werkverträge nennt, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Besteht also das vom Unternehmer herzustellende Werk in einer Geschäftsbesorgung, so finden gewisse Bestimmungen über den Auftrag neben den Vorschriften des Werkvertrages Anwendung.

Allein dem Bürgerlichen Gesetzbuch ist auch ein Fall bekannt, wo die Regeln des Werkvertrages überhaupt keine Geltung haben, obwohl es sich um die Herstellung eines Werkes handelt. Hat nämlich der Unternehmer sich verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, ist also ein sogenannter Werklieferungsvertrag zwischen den Vertragsteilen geschlossen, so finden gemäß § 651 Abs. 1 die Vorschriften über Kauf Anwendung, es sei denn, daß die Stofflieferung sich auf die Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen beschränkt. § 651 Absatz 2. Nach dem Wortlaut des § 651, Abs. 1 wird man zu dem Schlusse kommen müssen, daß wir es bei dem sog. Werklieferungsvertrage überhaupt nicht mit einem Werkvertrage, sondern mit einem Kauf zu tun haben. Denn hätte das Gesetz diesem Vertrage den Charakter des Werkvertrages belassen wollen, so hätte es sicher nicht von der „Anwendung" der Vorschriften über

1) Hachenburg S. 17.

Kauf schlechthin, sondern vielleicht von der „entsprechenden Anwendung“ jener Bestimmungen wie z. B. in § 515, gesprochen. Handelt es sich nun bei einem derartigen Vertrage um die Herstellung einer vertretbaren Sache durch den Unternehmer, z. B. um die Anfertigung von 100 Anzügen für ein Garderobengeschäft aus Stoffen, die der Unternehmer selbst beschafft hat, so gelten die Regeln des Kaufes ausnahmslos; anders jedoch, wenn die Hervorbringung einer nicht vertretbaren Sache, z. B. die Zusammenstellung der Medizin für einen Kranken, Gegenstand des Vertrages ist: auch dann gelten zwar im allgemeinen die Bestimmungen des Kaufes, es treten jedoch an die Stelle einiger von diesen Vorschriften die Regeln des Werkvertrages mit Ausnahme derjenigen Paragraphen, durch die dem Unternehmer an dem hergestellten Werke ein Pfandrecht eingeräumt ist, eine Ausnahme, die ihre natürliche Erklärung darin findet, daß der Unternehmer hier ja die unvertretbare Sache aus einem von ihm gelieferten Stoffe angefertigt hat, und daher die Einräumung eines Pfandrechtes völlig unmöglich erscheinen mußte. Soviel von dem Gegenstande des Werkvertrages.

Außer dem Werk ist gemäß unserer obigen Definition die Vergütung wesentliches Begriffsmerkmal des Werkvertrages. Entgeltlichkeit ist dem Werkvertrag durchaus eigentümlich. Ist eine Vergütung von den Vertragsteilen nicht vereinbart, so wird ihre Berabredung gemäß § 632 Absatz 1 fingiert, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Hat aber jemand einer Person die Herstellung eines Werkes versprochen, ohne daß eine Vergütung vereinbart ist, und ist auch die Fiktion des § 632 Abs. 1 nicht am Platze, so kann von einem Werkvertrage nicht die Rede sein.

Worin die Vergütung zu bestehen hat, ist im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht bestimmt; regelmäßig wird sie eine Summe Geldes zum Gegenstande haben; allein mittelst arg. e contr. aus § 641 Abs. 2 wird man zu der Annahme gelangen, daß sie auch in andern Sachen als Geld bestehen kann. Selbst der Einräumung von Rechten für ein herzustellendes Werk steht nichts im Wege.

Besondere Beachtung verdient jedoch der Fall, in dem nach Vereinbarung der Parteien der für die Vollendung des Werkes zu erstattende Entgelt durch den herbeigeführten Erfolg bestimmt werden soll. Bei einem derartigen sog. Quotalwerkvertrage kann nun die Vergütung verschieden sein: einmal kann sie nämlich in einem Anteil am Produkt der Tätigkeit bestehen, und zwar in einem reellen oder indellen Anteil; zum andern kann die partiarische Lohnklausel auch dahin gehen, daß der Entgelt nach einem Anteil am Herzustellenden in Geld berechnet werden soll.[1]) Der soziale Wert nicht nur des Quotalwerkvertrages, sondern der partiarischen Rechtsgeschäfte überhaupt darf nicht unterschätzt werden; denn gerade sie sind in hohem Maße dazu angetan, „zur Ausgleichung der sozialen Gegensätze, insbesondere zwischen Kapital und Arbeit beizutragen.[2])

1) Crome P. R. S. 261.
2) Crome. P. R. S. 25.

§ 2. II. Aufstellung des Themas und Ueberblick über die Arbeit.

Der Begriff des Werkvertrages gibt Antwort auf die Frage, wann wir es nach Bürgerlichem Gesetzbuche mit einem Werkvertrage zu tun haben. Die Herstellung des Werkes durch den Unternehmer und die Entrichtung der vereinbarten Vergütung durch den Besteller sind gemäß unseren Ausführungen im § 1 dieser Abhandlung das Wesentliche des Werkvertrages. Demnach wird ein solcher Vertrag regelmäßig sein Ende dadurch finden, daß der Unternehmer das versprochene Werk anfertigt und der Besteller den verabredeten Entgelt zahlt. Außerdem kann aber der Werkvertrag auch nach den allgemeinen Lehren über die Aufhebung eines Vertrages, z. B. durch Unmöglichkeit der Leistung, beendet werden. Doch damit sind die Fälle der Endigung eines Werkvertrages noch nicht erschöpft: jenen angegebenen Aufhebungsgründen reihen sich nämlich Wandelung, Rücktritt und Kündigung an.

Von allen angeführten Arten der Beendigung eines Werkvertrages stellt sich die Kündigung als die außergewöhnlichste dar; nimmt es doch auf den ersten Blick einen geradezu Wunder, daß bei einem Vertrage, der der Regel nach auf unbestimmte Zeit nicht geschlossen ist, sondern durch Herstellung des Werkes und Entrichtung der Vergütung sein sozusagen natürliches Ende findet, den Vertragsteilen ein Kündigungsrecht eingeräumt ist. Dieses Kündigungsrecht soll zum Gegenstande der vorliegenden

Abhandlung gemacht werden. Nicht nur den Vertragsteilen steht es zu, sondern in einem Falle wird es auch einem dritten gewährt: ist nämlich ein Werkvertrag von einer Ehefrau abgeschlossen, durch den sie sich zu einer von ihr in Person zu bewirkenden Leistung verpflichtet hat, so kann ihr Ehemann unter den in § 1358 vorgeschriebenen Voraussetzungen diesen Vertrag ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Unsere Abhandlung wird sich jedoch auf die Darstellung des Kündigungsrechtes beider Vertragsteile beschränken. Ebenso bleibt das Kündigungsrecht, das sich für den Werkvertrag aus den §§ 17 und 27 der Konkursordnung ergibt, unberücksichtigt; die Arbeit wird nur das Kündigungsrecht nach Bürgerlichem Gesetzbuche behandeln. Hierbei erübrigt sich, auf die allgemeinen Lehren über Kündigung einzugehen, da diese in der Literatur[1]) bereits erschöpfend zur Darstellung gelangt sind. Somit wird die vorliegende Arbeit nur die Besonderheiten des Kündigungsrechtes beider Vertragsteile beim Werkvertrage nach Bürgerlichem Gesetzbuche zum Gegenstande haben.

Zunächst soll das Kündigungsrecht des Bestellers in einem ersten Abschnitte betrachtet werden: wann der Besteller kündigen kann und welches die Folgen dieser Kündigung sind, soll hier dargestellt werden.

Sodann wird in einem zweiten Abschnitte von dem Kündigungsrechte des Unternehmers, und zwar entsprechend dem ersten Abschnitte von den Voraussetzungen und Wirkungen der Kündigung gehandelt werden.

---

[1]) Immerwahr, Thiele in Arch. f. d. civ. Pr.-Bd. 89 Trappenberg.

1. Abschnitt.

I. Das Kündigungsrecht des Bestellers.

§ 3. a. Die Voraussetzungen der Kündigung.

Auf die Frage, wann der Besteller den Werkvertrag kündigen kann, finden wir die Antwort im § 649 Stz 1. Hiernach steht ihm bis zur Vollendung des Werkes das Kündigungsrecht jederzeit zu; mithin ist sein Recht, den Vertrag durch Kündigung zur Aufhebung zu bringen, an die Voraussetzung geknüpft, daß das bestellte Werk noch nicht vollendet ist. Von der Vollendung eines Werkes wird aber erst dann die Rede sein können, wenn das Werk dem Vertrage gemäß hergestellt ist; denn hat der Unternehmer ein Werk vollbracht, entspricht dies aber nicht dem bestellten Werke, so kann man von einer „Vollendung des Werkes" schlechterdings nicht sprechen. Die Kündigung ist also nur zulässig, wenn das Werk noch nicht vertragsmäßig vollendet ist.

Diese Einschränkung des Kündigungsrechtes findet seinen Grund in der Vorschrift des § 640. Hier ist nämlich die Bestimmung getroffen, daß der Besteller verpflichtet ist, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes, z. B. bei der Beförderung von Personen, die Abnahme ausgeschlossen ist. Wäre demnach das Kündigungsrecht nicht an jene Voraussetzung geknüpft, so hätte das Gesetz dem Besteller ein Mittel in die Hand gegeben, sich seiner Abnahmepflicht zu entziehen. Dies würde jedoch Unbillig-

keiten zur Folge haben, die jedem Rechtsgefühle widersprächen. Somit wird durch die Vollendung des Werkes, durch die die Abnahmepflicht begründet wird, das Kündigungsrecht ausgeschlossen: Das Recht geht unter, die Pflicht entsteht; Kündigungsrecht und Abnahmepflicht stehen im Zusammenhange: zeitlich lösen sie sich ab, materiell ist die Nichtausübung des Rechts Voraussetzung für die Entstehung der Pflicht; denn solange der Unternehmer das Werk noch nicht vollendet hat, kann der Besteller durch die Ausübung seines Kündigungsrechtes bewirken, daß aus dem Werkvertrage eine Abnahmepflicht überhaupt nicht entspringt, ist aber das Werk hergestellt, so ist der Besteller nicht mehr in der Lage durch Kündigung die Folgen, die sich aus der mit der Vollendung des Werkes entstandenen Abnahmepflicht ergeben, abzuwenden, da dann das Kündigungsrecht bereits erloschen ist.

Unterziehen wir jetzt die Frage einer Prüfung, ob nicht außer der oben erwähnten, durch die rechtliche Natur des Werkvertrages begründeten Voraussetzung das Kündigungsrecht des Bestellers anderweitig, sei es sachlich, sei es zeitlich, beschränkt ist. Sind doch derartige Schranken keineswegs eine Seltenheit. So finden wir z. B. eine sachliche Schranke bei dem sog. außerordentlichen Kündigungsrecht des Dienstvertrages im § 626, insofern als das Vorliegen eines wichtigen Grundes gefordert wird, und eine zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechtes beim Lehrvertrage im § 77 Abs. 4 des H. G. B., insofern als die Kündigung im Falle des Todes des Lehrherrn nur innerhalb eines Monats nach dem Tode zulässig ist. Allein die Kündigung des Werkvertrages ist weder an sachliche noch an zeitliche Voraussetzungen geknüpft. Fraglich könnte es freilich erscheinen, ob dem Besteller auch das Recht zu gewähren ist, den Vertrag nur hin-

sichtlich eines Teiles des Werkes zu kündigen; sofern jedoch durch eine derartige Kündigung nicht die Interessen, die der Unternehmer an der vollständigen Herstellung des Werkes hat, verletzt werden, wird man eine Kündigung des Bestellers bezüglich eines Teiles unbedingt zulassen müssen.[1])

Eines besonderen Kündigungsgrundes bedarf der Besteller zur Kündigung nicht; immerhin aber ist der Grund der Kündigung, wie sich aus § 650 ergibt, nicht ohne jede Bedeutung: kündigt nämlich der Besteller den Vertrag, weil der Unternehmer den Kostenanschlag wesentlich überschritten hat, so zieht die Kündigung außergewöhnliche Folgen nach sich; doch hiervon wird später zu handeln sein. Daß das Kündigungsrecht des Bestellers weder sachliche noch zeitliche Beschränkungen aufweist, geht deutlich aus § 649 Sz. 1 hervor: solange das Werk nicht vollendet ist, kann der Besteller jederzeit kündigen.

Selbst die Einhaltung einer Kündigungsfrist ist dem Besteller nicht vorgeschrieben. Es kann jedoch im Interesse des Bestellers liegen, daß seine Kündigung erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit die Aufhebung des Werkvertrages bewirkt. Daher stehen wir vor der Frage, welche Bedeutung es hat, wenn der Besteller die Wirksamkeit seiner Kündigung von dem Ablauf einer Frist abhängig macht, obwohl ihm das Gesetz ein Kündigungsrecht ohne Einhaltung einer Frist eingeräumt hat. Kann dann der Unternehmer die Aufhebung des Vertrages vor Ablauf dieser einseitig vom Besteller gesetzten Frist verlangen? Diese Frage ist meiner Ansicht nach zu verneinen, da sich aus dem Kündigungsrecht ohne Einhaltung einer Frist nicht die Pflicht herleiten läßt, fristlos zu kündigen. Das

---

[1]) Kohler: Archiv f. bürgerl. Recht. Band 3. S. 169.

Kündigungsrecht ist sozusagen ein Verzugsrecht, wie Lotmar[1]) sich ausdrückt: „etwas Außerordentliches, Privelegienartiges; auf dieses jus singulare kann gewissermaßen verzichtet werden."

Liegt nun nicht darin, daß dem Besteller ein so unbeschränktes Kündigungsrecht eingeräumt ist, eine ungerechte Härte gegenüber dem Unternehmer? Auf den ersten Blick könnte man geneigt sein, diese Frage im bejahenden Sinne zu beantworten: hängt es doch einzig und allein von dem Belieben des Bestellers ab, ob er das Werk, auf dessen Fertigstellung der Vertrag gerichtet ist, vollenden lassen will oder nicht, so daß der Unternehmer, der sich vielleicht mit Rücksicht auf die betreffende Arbeit, zumal wenn es sich um ein größeres Werk handelt, andere Arbeit hat entgehen lassen, von den Launen des Bestellers abhängig sein und durch die Ausübung des Kündigungsrechtes beträchtlichen Schaden erleiden kann. Ein Blick auf die geschichtliche Entwickelung des Kündigungsrechtes des Bestellers dürfte lehren, daß man in der Tat lange geschwankt hat, dem Besteller die Möglichkeit zu gewähren, ohne Grund den Werkvertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit zur Aufhebung zu bringen. So spricht sich für das gemeine Recht die herrschende Meinung[2]) entschieden gegen die Einräumung eines so unbeschränkten Rechtes aus. Auch für das preußische Recht[3]) erscheint es zum mindesten zweifelhaft, ob dem Besteller dieses Recht zuzugestehen ist; verurteilte doch das Reichsoberhandelsgericht in seiner Entscheidung vom 7. Oktober 1873[4]) eine Gesell-

---

[1]) Lotmar: Der Arbeitsvertrag. Band 1. S. 600.

[2]) Mot. S. 502; Dernburg, Pand. Band 2. S. 298. Windscheid, Band 2. S. 697; Wendt, S. 630. Seufferts Archiv, Band 51, Nr. 29 u. a.: vergl. auch Danckwardt in Jhering's J.-Bd. 13. S. 331—32.

[3]) Dernburg: Pr. Priv.-R. Band 2. S. 567.

[4]) Entscheidung d. R. O. H. G. Band 11 S. 155.

schaft, die mit einem Unternehmer einen Werkvertrag zwecks Umänderung von Kalköfen geschlossen hatte und dem Unternehmer später die Umänderung verbot, in die Umänderung einzuwilligen und die Kalköfen zwecks Ausführung der bestellten Arbeit dem Unternehmer auszuliefern. Mit Recht teilt das Bürgerliche Gesetzbuch, — ebenso code civil Art. 1794 und das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch § 1252 — diesen Standpunkt nicht; denn er führt zu Konsequenzen, die meiner Ansicht nach der Billigkeit nicht entsprechen. Versuchen wir diese unbilligen Folgen an einem Beispiele zu veranschaulichen: Für ein größeres Fest bestellt eine Firma bei einem Maler zur Dekoration ein wertvolles Schaustück, das in enger Beziehung zu dem geplantrn Feste steht; nachdem der Maler bereits mit der Anfertigung des Werkes begonnen, das Schaustück jedoch noch nicht vollendet hat, stellt sich heraus, daß das Fest nicht gefeiert werden soll. Mithin ist die Firma nicht in der Lage, das Schaustück zu verwerten. Nun sollte die Firma, obwohl das Schaustück für sie völlig wertlos ist, verpflichtet sein, den Maler weiterarbeiten zu lassen, das Schaustück abzunehmen und die volle vereinbarte Vergütung zu zahlen? Eine derartige Bestimmung würde das Rechtsgefühl meiner Ansicht nach stark verletzen. So ist denn auch vom Bürgerlichen Gesetzbuche dem Besteller ein Kündigungsrecht eingeräumt, das nur die Nichtvollendung des Werkes zur Voraussetzung hat, im übrigen aber frei von Einschränkungen ist. Die Unzuträglichkeiten, die dieses freie Kündigungsrecht für den Unternehmer mit sich bringen kann, hat das Bürgerliche Gesetzbuch durch die Vorschriften über die Wirkungen der Kündigung zu beseitigen versucht; wieweit dies gelungen ist, wird unten zu erörtern sein.

So gestaltet sich das Kündigungsrecht des Bestellers,

wenn keine Vereinbarungen unter den Vertragsteilen getroffen sind. Wie aber, wenn eine Abrede zwischen Besteller und Unternehmer besteht? Ist die Norm, die dem Besteller das Recht auf Kündigung zuspricht, dispositiv, enthält sie jus cogens ist das Recht ein unverzichtbares? Treten wir zunächst einmal der Frage allgemein näher, wann ein Rechtssatz zwingender oder nicht zwingender[1]) dispositiver,[2]) vermittelnder,[3]) ergänzender,[4])nachgibiger[5])Natur ist, um daraus einen Schluß auf unsern Fall ziehen zu können. Im Gegensatze zum öffentlichen Rechte bildet im Privatrecht der Grundsatz, die Rechtssätze schließen nicht zwingendes Recht in sich, die Regel: diese Regel wird jedoch hier und da von Ausnahmen durchbrochen. Im einzelnen Falle hat nun die Auslegung die zwingende oder nicht zwingendende Natur des Rechtssatzes zu entscheiden. Bisweilen findet sich eine ausdrückliche Regelung durch das Bürgerliche Gesetzbuch, so z. B. im § 248 und § 503; häufig dagegen fehlt es an einer solchen Bestimmung. Für den zwingenden Charakter eines Rechtssatzes wird man sich in diesem Falle nur dann auszusprechen haben, wenn rechtspolitische Gründe dies mit sich bringen; im übrigen hat es bei dem für das Privatrecht aufgestellten Grundsatze, daß die Rechtssätze nicht zwingender Natur sind, sein Bewenden.

Der § 649 Sz. 1, aus dem die Vorschriften über die Voraussetzungen der Kündigung des Bestellers abzuleiten waren, enthält keinen Anhaltspunkt dafür, ob seine Rechtssätze zwingenden oder nicht zwingenden Charakter haben. Demnach fragt es sich, ob Grund

---

[1]) Dernburg: Bürgerl. Recht Bd. 1 S. 53.
[2]) Enneccenus-Lehmann S. 20
[3]) vgl. Dernburg a. a. O. 6 Aeum. 6.
[4]) Endemann, Bd. 1. S. 33. Matthiaß S. 30, 31.
[5]) Gierke, Dtsches Priv. Recht, Bd. 1. § 16: Eck-Leonhard S. 31.

vorliegt, von der Regel abzuweichen und diese Bestimmungen als zwingend anzusehen. Die Beantwortung dieser Frage wird mit Rücksicht auf die Möglichkeit, dem Kündigungsrecht des Bestellers durch Vereinbarung zeitliche oder sachliche Beschränkungen aufzuerlegen, gesondert vor sich gehen. Sind die Vertragsteile berechtigt, für immer oder auf bestimmte Zeit das Kündigungsrecht des Bestellers auszuschließen? Lotmar[1]) äußert seine Bedenken gegen die völlig dispositive Natur des Kündigungsrechtes. Allein der Grund, aus dem er den Vertragsteilen die Befugnis abspricht, das Kündigungsrecht für immer auszuschließen, dürfte nicht ganz einwandsfrei sein. Seine Beweisführung ist etwa folgende: Gibt außer der unbefristeten Kündigung das Recht einer Partei kein Mittel in die Hand, „einseitig einem Arbeitsverhältnis ein Ende zu setzen, so scheint es geradezu geboten, anzunehmen, daß mit der unbefristeten Kündigung eine, wenn auch nicht der Privatdisposition entrückte, so doch durch solche nicht entziehbare Befugnis hierzu verliehen worden ist;" beim Werkvertrage ist aber nur durch die unbefristete Kündigung dem Besteller bis zur Vollendung des Werkes die Möglichkeit gegeben, den Vertrag „bloß durch seinen Willen" einseitig zur Aufhebung zu bringen; daher kann den Parteien nicht die Befugnis zugesprochen werden, das Kündigungsrecht dem Besteller für immer zu entziehen.

Dieser Schlußfolgerung wird man jedoch kaum beitreten können, da dem Obersatze in seiner Allgemeinheit schwere Bedenken entgegenstehen. Es wird nämlich dafür, ob das Kündigungsrecht zwingendes Recht ist, nicht ausschlaggebend sein, daß das Recht durch die unbefristete Kündigung einem Vertragsteile das einzige Mittel in die Hand gibt, den Vertrag einseitig zur Aufhebung zu

[1]) Lotmar: Der Arbeitsvertrag S. 609.

bringen; als entscheidend wird man vielmehr anzusehen haben, ob diese einseitige Aufhebung etwas dem betreffenden Vertrage eigentümliches ist oder nicht. Denn wenn es nur ein Ausnahmefall ist, daß der Vertrag einseitig durch einen Vertragsteil aufgehoben wird, so ist kein Grund abzusehen, weshalb vom Rechte diese Berechtigung eines Vertragsteiles gegen seinen Willen gewahrt werden müsse. Anders steht es dagegen, wenn die einseitige Aufhebung den Regelfall bei einem Vertrage bildet. So kann man z. B. für die Verwahrung der Ausführung Lotmar's sehr wohl zustimmen, da das im § 695 dem Verwhrer verliehene Rückforderungsrecht, durch das der Verrag von diesem jederzeit zur Aufhebung gebracht werden kann, so charakteristisch für den Verwahrungsvertrag ist, daß es gemäß § 695 selbst dann bestehen bleibt, wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist. Das dem Besteller eingeräumte Kündigungsrecht wird man dagegen als Eigentümlichkeit des Werkvertrages nicht betrachten können; ist es doch, wie das Leben zeigt, geradezu eine Seltenheit, daß ein Werkvertrag durch Kündigung seitens des Bestellers sein Ende findet. Somit ist der Ansicht Lotmar's, das Kündigungsrecht des Bestellers könne nicht für immer durch Verabredung der Vertragsteile ausgeschlossen werden, meiner Ansicht nach nicht beizutreten.[1]) Ein Grund dafür, die vereinbarte Ausschließung des Kündigungsrechtes des Bestellers für unstatthaft zu halten, dürfte sich kaum finden lassen, vor allem kann man nicht sagen, daß rechtspolitische Bedenken sich der Zulässigkeit einer derartigen Verabredung der Vertragsteile in den Weg stellen. Will der Besteller sich ausdrücklich der Vorteile, die ihm zugedacht sind, begeben,

---

1) Riezler S. 159 l.

so ist nicht einzusehen, weshalb das Recht ihn daran hindern sollte.

Erkennt man demnach den Vertragsteilen die Befugnis zu, das Kündigungsrecht für immer auszuschließen, so wird man keine Bedenken tragen können, einer Verabredung Gültigkeit beizulegen, die dahin geht, daß der Besteller in bestimmter Zeit, z. B. innerhalb des ersten Monats nach Vertragsschluß, nicht kündigen dürfe.

Neben der Vereinbarung zeitlicher Beschränkungen wird man sich auch für die Gültigkeit sachlicher Schranken auszusprechen haben. Warum sollte es z. B. nicht statthaft sein, daß die Vertragsschließenden festsetzen, der Besteller dürfe sein Kündigungsrecht nur ausüben, wenn sich die Unfähigkeit des Unternehmers, das Werk vertragsmäßig zu vollenden, herausstellt? Die Frage nach der zwingenden Natur des Kündigungsrechtes des Bestellers ist demnach mit Oertmann[1]) dahin zu beantworten: Die Bestimmung des § 649 Sh. 1 „ist natürlich" — und zwar in jeder Beziehung — „dispositiver Natur".

Hiermit sind die allgemeinen Erörterungen über die Voraussetzungen der Kündigung des Werkvertrages durch den Besteller erschöpft; prüfen wir nunmehr, ob sich für einen Werkvertrag, dem vertragsmäßig ein Ende gesetzt ist, hinsichtlich der Erfordernisse der Kündigung durch den Besteller Besonderheiten ergeben. Haben die Vertragsteile einen Werkvertrag unter einer aufschiebenden Bedingung bezw. mit einem Anfangstermine geschlossen, so tritt er gemäß §§ 158 bezw. 163 in seiner ganzen Wirkung erst mit dem Eintritt der Bedingung bezw. des Anfangstermines in Kraft. Bis zu jener Zeit befindet sich der Werkvertrag in der Schwebe, er entbehrt, wie sich aus den

[1]) Oertmann: Komm. z. Recht der Schuldverhältnisse S. 372

§§ 160—163 ergibt, nicht jeder Wirkung. Daß mit Beginn der vollen Wirksamkeit des Werkvertrages sich für die Voraussetzungen der Kündigung des Bestellers keine Abweichungen zeigen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Inwieweit steht aber dem Besteller während jener Schwebezeit ein Kündigungsrecht zu? Ohne Bedenken kann man ihm bei fehlender Vereinbarung das ihm bis zur Vollendung des Werkes zustehende Kündigungsrecht schon während der Schwebezeit gewähren. Ist doch kein Grund vorhanden, weshalb man den Besteller, der fest entschlossen ist, den Vertrag zu kündigen, zwingen sollte, erst den Eintritt der Bedingung bezw. des Anfangstermines abzuwarten, um dann seine Kündigung dem Unternehmer zu übermitteln. Denn es kann für den Unternehmer nur von Vorteil sein, möglichst bald von dem Besteller zu erfahren, ob dieser von seinem Kündigungsrecht Gebrauch machen will, da er dann ja gegebenen Falles seine Arbeitskraft anderweitig zu verwenden in der Lage ist.[1])

Wie steht es aber, wenn die Vertragsteile bei einem aufschiebend bedingten oder befristeten Werkvertrage dem Kündigungsrechte des Bestellers eine sachliche Schranke gesetzt haben? Ist als Grund der Kündigung ein Umstand festgelegt, der erst zu Tage treten kann, wenn der Werkvertrag voll in Wirksamkeit ist, so ist naturgemäß eine Kündigung durch den Besteller während der Schwebezeit unzulässig. Andererseits ist, falls der vereinbarte Kündigungsgrund schon vor Vollwirksamkeit des Vertrages eintreten kann, dem Besteller vor Eintritt der Bedingung bezw. des Anfangstermines das Kündigungsrecht einzuräumen.

Schließlich ist noch zu betrachten, wie sich die Voraussetzungen der Kündigung durch den Besteller gestalten,

---

[1]) Lotmar Bd. 1 S. 520.

wenn dem Werkvertrage vertraglich ein Ende gesetzt ist. Die Endbestimmung beim Werkvertrage kann zwiefachen Inhalt haben: einmal kann sie nämlich dahin gehen, daß der Unternehmer das Werk zu einer bestimmten Zeit liefern soll. In diesem Falle handelt es sich um die Vereinbarung einer „Lieferungszeit",[1]) durch deren Ablauf der Werkvertrag nicht beendet wird; mithin steht dem Besteller, um den Vertrag zur Aufhebung zu bringen, das Kündigungsrecht gemäß § 649 zu.

Zum andern aber kann die Endbestimmung auch eine Vereinbarung des Inhalts sein, daß der Vertrag mit Ablauf der festgesetzten Zeit endigen soll, gleichgültig, ob der Unternehmer das Werk hergestellt hat oder nicht. Die Vertragsteile haben z. B. vereinbart, „daß das beiderseitige Obligo schlechthin nach drei Monaten erlöschen soll".[2])

In diesem Falle endigt der Werkvertrag mit Ablauf der vereinbarten Zeit. Vor jener Zeit ist es dem Besteller unmöglich, den Werkvertrag durch Kündigung zur Aufhebung zu bringen; denn durch die Verabredung „einer solchen Endbestimmung hat sich der Besteller seines normalen Rechts zur Kündigung begeben".[3])

Somit ergiebt sich für die Voraussetzungen der Kündigung des Werkvertrages durch den Besteller, daß das Bürgerliche Gesetzbuch als Erfordernis die Nichtvollendung des Werke aufstellt, ohne daß es dem Kündigungsrechte weitere Schranken, weder sachliche noch zeitliche, auferlegt. Der Verabredung derartiger Beschränkungen durch die Vertragsteile steht freilich nichts im Wege.

---

[1]) Lotmar S. 559.
[2]) Lotmar S. 549. Anm. 2.
[3]) Lotmar S. 559, 5.

§ 4. b. Die Wirkungen der Kündigung.

Die Kündigung hat die Beendigung des Werkvertrages zur Folge: die Pflicht des Unternehmers, das versprochene Werk zu vollenden, wird aufgehoben; trotzdem aber behält er einen Anspruch gegen den Besteller. Dieser Anspruch gestaltet sich verschieden, je nachdem die Kündigung durch die wesentliche Ueberschreitung des Kostenanschlages veranlaßt ist oder nicht [vgl. § 650]. Hat der Besteller ohne Rücksicht auf den Kündigungsgrund des § 650 den Werkvertrag gekündigt, so ist gemäß § 649 St. 2 Halbst. 1 der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen. Durch diesen Anspruch ist der Unternehmer in jeder Weise gegen eine willkürliche Ausübung des Kündigungsrechtes des Bestellers geschützt. Konnte zwar die Einräumung dieses Rechtes so unbeschränkt, wie es geschehen ist, für den Unternehmer große Unzuträglichkeiten mit sich bringen, so ist jedoch durch das Belassen dieses Anspruches jeder Schaden vom Bürgerlichen Gesetzbuche verhütet worden.

Allein wäre der Besteller verpflichtet, die Vergütung ohne jeglichen Abzug zu entrichten, so würde dies in den meisten Fällen zu einer ungerechtfertigten Bereicherung des Unternehmers führen. Man denke nur an die Aufwendungen, die der Unternehmer infolge der Einstellung der Arbeit erspart. Beispielsweise: es verpflichtet sich ein Schneider, aus einem ihm gelieferten Stoffe einen Anzug anzufertigen, während die Besorgung von Zutaten, wie z. B. Futter, Knöpfe, Zwirn u. s. w., der Schneider übernommen hat. Kündigt diesen Vertrag der Besteller, kurz nachdem der

Schneider die Anfertigung des Anzuges begonnen, z. B. den Stoff erst zugeschnitten hat, so würde es doch offenbar der Billigkeit nicht entsprechen, wenn der Besteller verpflichtet sein sollte, die für die Anfertigung des Anzuges vereinbarte Vergütung in voller Höhe zu entrichten. In diesem Falle würde der Schneider infolge der Kündigung einen größeren Vorteil erlangen, als wenn es zur Anfertigung des Anzuges gekommen wäre: der erlangte Vorteil würde um den Betrag der Aufwendung größer als die Vergütung sein. Mit Rücksicht auf diese Unbilligkeit, die der Anspruch auf die volle Vergütung mit sich bringen würde, bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch in § 649 Sꝫ. 1 Halbsꝫ. 2, daß der Unternehmer sich dasjenige anrechnen lassen muß, was er an Aufwendungen infolge der Aufhebung des Vertrages erspart.

Doch hiermit ist die Anrechnung keineswegs erschöpft. Da infolge der Kündigung der Unternehmer mit der Herstellung des Werkes inne zu halten hat, so ist die Arbeitskraft, die er sonst auf die Fertigstellung des Werkes verwenden müßte, frei geworden. Mit dieser freigewordenen Arbeitskraft ist der Unternehmer imstande, sich Vermögensvorteile zu verschaffen, die er nicht erlangt hätte, wenn die Kündigung nicht erfolgt wäre. Aus demselben Grunde wie bei der Abrechnung der ersparten Aufwendungen, nämlich um eine ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers zu vermeiden, findet sich im § 649 Sꝫ. 2 Halbsꝫ. 2 die Bestimmung, daß außer den ersparten Aufwendungen der durch Verwendung der freigewordenen Arbeitskraft erlangte Erwerb auf die vereinbarte Vergütung im Falle der Kündigung durch den Besteller in Anrechnung zu bringen sei.

Würde es an einer weiteren Anrechnungspflicht fehlen, so wäre es dem Unternehmer nahe gelegt, seine freigewordene Arbeitskraft unbenutzt zu lassen, da er sich ja den Erwerb durch die Arbeitskraft von der ihm zustehenden

Vergütung abziehen lassen muß, während, wenn er seine Arbeitskraft nicht verwendete, er die Vergütung ohne jeden Abzug erhielte; mithin würde sich der Unternehmer, falls es an einer weiteren Anrechnungspflicht fehlte, pukuniär in derselben Lage befinden, mag er nach Einstellung der Arbeit seine freigewordene Arbeitskraft anderweitig verwendet haben oder nicht. Dies hätte zweifellos zur Folge, daß es zu einer Anrechnung des Erwerbes, der durch die freigewordene Arbeitskraft erzielt ist, in den seltensten Fällen kommen würde, weil der Unternehmer kein Interesse hätte, die freigewordene Arbeitskräft anderweitig zu verwenden: der Besteller müßte mithin fast immer die vereinbarte Vergütung mit Abzug nur der vom Unternehmer ersparten Aufwendungen in vollem Umfange entrichten. Diese Folge mußte jedoch vom Gesetz vermieden werden. Die Verpflichtung schlechthin, die Arbeitskraft in anderer Weise zu verwerten, kann man dem Unternehmer unter keinen Umständen auferlegen; selbst dann nicht, wenn derselbe ein Gewerbe betreibt, das in der Verwertung seiner Arbeitskraft besteht.[1]) Denn man kann dem Unternehmer, der vielleicht zur Kündigung keine Veranlassung gegeben hat, nicht zumuten, daß er sich jetzt, wo der Besteller von seinem freien Kündigungsrecht Gebrauch gemacht hat, nach neuer Arbeit umsehen und unter Umständen Arbeit annehmen soll, die ihm nicht zusagt. Daher hat denn auch das Bürgerliche Gesetzbuch seinen Zweck, den Unternehmer zu anderweitiger Verwendung seiner freigewordenen Arbeitskraft zu veranlassen, dadurch zu erreichen versucht, daß es den böswillig unterlassenen Erwerb für die Anrechnungspflicht dem tatsächlich erlangten gleichstellt.

Hierdurch sieht sich der Unternehmer genötigt, die

---

[1]) Planck: Anm. 2 zu 324. S. 100.

anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft nicht völlig zu unterlassen, da er sonst den Nachteil hat, daß der unterlassene Erwerb von der vereinbarten Vergütung in Abzug kommt. Wann hat nun der Unternehmer böswillig unterlassen, anderweitig seine Arbeitskraft zu verwerten? Der Ausdruck „böswillig" findet sich im Bürgerlichen Gesetzbuche vereinzelt: außer im § 649 ist er an zwei Stellen, die unserm Tatbestande entsprechen — in den §§ 324 und 615 — und im § 2333 Ziffer 4 gebraucht. Aus diesen Stellen geht hervor, daß durch die Ausdrucksweise „böswillig" das Verschulden, das den Betreffenden treffen muß, damit die festgesetzten Rechtsfolgen eintreten, näher bestimmt werden soll. Wie wir aus § 276 erfahren, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch vornehmlich zwei Grade des Verschuldens: Vorsatz und Fahrlässigkeit. Die Böswilligkeit mit einem dieser beiden Grade als identisch anzusehen, ist schon deshalb unmöglich, weil das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn nicht wichtige Gründe dafür sprechen — und das ist hier nicht der Fall — von seiner Terminologie nicht abzuweichen pflegt. Daß sich Fahrlässigkeit und Böswilligkeit nicht decken, dürfte aber auch aus andern Gründen hervorgehen; denn unter Fahrlässigkeit versteht das Bürgerliche Gesetzbuch das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt; bei der Böswilligkeit dagegen ist der „böse Wille", die Absicht, das ausschlaggebende.[1]) Während demnach die Schädigung, die durch fahrlässiges Handeln verursacht ist, nur auf eine Nachlässigkeit zurückgeführt wird, erfordert die Böswilligkeit zum mindesten, daß dem Handelnden die Tragweite seines Verhaltens zum Bewußtsein gekommen, die Schädigung von ihm beabsichtigt ist.

Hiermit kommt die Böswilligkeit dem Vorsatz sehr

---

[1]) Weyl: S. 432.

nahe, beide gehören eng zusammen.[1]) Die Definition des Begriffes Vorsatz ist bei den Schriftstellern sehr verschieden, — man kann fast sagen bei jedem anders —, darin stimmen jedoch alle überein, daß es nicht zum Wesen des Vorsatzes gehört, daß der durch die Handlung eingetretene Schaden von dem Handelnden beabsichtigt war, das Wesen des Vorsatzes sich vielmehr darin erschöpft, daß der Handelnde den rechtswidrigen Erfolg seiner Handlung kannte.[2]) Hierin tritt der Vorsatz in Gegensatz zur Böswilligkeit. Bei der Böswilligkeit genügt nämlich nicht das Kennen des eintretenden Schadens, sondern es ist eine Schädigungsabsicht erforderlich[3]). Die Absicht durch Nichtausnutzung der Arbeitskraft dem Vertragsgegner Schaden zuzufügen hat zur Folge, daß den durch diese Nichtausnutzung nicht erlangten Erwerb im Falle der Kündigung durch den Besteller der Unternehmer auf die Vergütung sich anrechnen lassen muß.

Hieraus ergibt sich, daß der Unternehmer nicht immer gezwungen ist, sich nach Aufhebung des Werkvertrages um neue Arbeit zu bemühen: wenn er nur nicht durch seine Nachlässigkeit den Besteller zu schädigen beabsichtigt, dann setzt er sich nicht der Gefahr aus, daß dasjenige, was er zu erwerben unterlassen hat, im Falle der Kündigung von seiner Vergütung in Abzug kommt. Selbst einer Aufforderung mit der frei gewordenen Arbeitskraft ein anderes Werk herzustellen, braucht der Unternehmer nicht immer Folge zu leisten, nämlich dann nicht, wenn ihn andere Gründe als die Absicht, dem Besteller Schaden zu-

---

[1]) Weyl: S. 433.

[2]) Planck: S. 37 Nr. 3; Dernburg: Bürg. Recht S. 135 im Bd. 2, 1; Endemann Bd. 1 S. 483; Cosack Bd. 1 S. 236 Enneccenis-Lehmann Bd. 1 S. 260 und Crome Bd. 1; Nr. 109.

[3]) Crome Bd. 1 S. 488. Dernburg Bd. 2. 1 S. 138; Endemann Bd. 1 S. 367; Mathiaß Bd. 1 S. 271 und Oertmann S. 72.

zufügen, zur Nichtbefolgung jener Aufforderung veranlassen. Man denke z. B. der Besteller eines wertvollen Oelgemäldes kündigt alsbald nach der Bestellung den abgeschlossenen Werkvertrag, sodaß der Unternehmer sich genötigt sieht, die begonnene Arbeit einzustellen. Kurz nach der Kündigung stellt jemand an ihn das Anerbieten, mit ihm einen Werkvertrag zu schließen, durch den der Künstler den Anstrich eines Hauses übernehmen soll; der Künstler geht jedoch auf diesen Vertrag nicht ein. Allem Anschein nach hat den Unternehmer in diesem Falle nicht die Schädigungsabsicht zur Ablehnung des Vertragsangebotes bewogen, und man wird nicht sagen können, daß der Künstler böswillig jene Arbeit nicht übernommen hat. Aus dem angeführten Beispiele tritt klar zu Tage, daß es quaestio facti ist, ob der Unternehmer den Erwerb in Schädigungsabsicht unterlassen hat oder nicht. Für die Beantwortung dieser Frage wird aber vor allem der Grundsatz von Treu und Glauben, der den Geist des Bürgerlichen Gesetzbuches bestimmt, entscheidend sein.

In der Gleichstellung des böswillig unterlassenen mit dem tatsächlich erlangten Erwerbe bei der Anrechnungspflicht im § 649 eine Unbilligkeit für den Unternehmer zu erblicken, führt zweifelsohne zu weit. Denn weder „zum Suchen" neuer Arbeit noch zum unbedingten Annehmen der angebotenen Beschäftigung ist der Unternehmer verpflichtet.[1]) Zu dieser Auffassung könnte nur eine unrichtige Auslegung des Begriffes böswillig führen; daher kann davon, daß diese Bestimmung „pathologische Erscheinungen im Sozialleben erzeuge, indem sie zur Verbreitung der frivolen Kontraktsbrüche seitens der Arbeitsgeber führe," nicht die Rede sein; sie stellt sich vielmehr eher als ein Ausfluß des im

---

[1]) Petrazycki: Bd. 2 S. 341.

§ 228 allgemein ausgesprochenen Chikaneverbotes dar und ist durch billige Rücksichtnahme auf die Interessen des Bestellers durchaus gerechtfertigt. Denn, wie wir oben[1]) sahen, müßte, falls es an einer dritten Vorschrift für die Anrechnungspflicht des § 649 fehlte, der Besteller nach erfolgter Kündigung die vereinbarte Vergütung unter Abzug nur der ersparten Aufwendungen entrichten: zu einer Anrechnung des in der Zwischenzeit erlangten Erwerbes würde es kaum jemals kommen. Dieser Konsequenz ist jedoch durch jene Gleichstellung des böswillig unterlassenen Erwerbes mit dem tatsächlich erlangten in einer Weise der Boden entzogen, die keineswegs Unbilligkeiten für den Unternehmer mit sich bringt.

Aus dem Gesagten geht die Höhe des dem Unternehmer infolge der Kündigung zustehenden Anspruches hervor. Ob der Tatbestand so geartet ist, daß die besprochenen Abzüge von der Vergütung vorzunehmen sind, und in welcher Höhe sie im gegebenen Falle zu geschehen haben, wird nicht selten unter den Vertragsteilen streitig sein. Wer hat dann seine Behauptungen zu beweisen? Aus dem Anrechnungsrecht kann der Besteller keine selbstständigen Ansprüche herleiten; er darf jenes Recht vielmehr nur geltend machen, wenn vom Unternehmer die Vergütung beansprucht wird. Mithin charakterisiert sich die Geltendmachung des Anrechnungsrechtes als eine Einrede. Da aber die Einrede zu beweisen hat, wer sie vorbringt, so trifft den Besteller die Beweislast.

Wenn so die Höhe des fraglichen Anspruches sich theoretisch leicht bestimmen läßt, so wird man in der Praxis bei Berechnung derselben häufig auf Schwierigkeiten stoßen. Bestehen Vergütung und Abzüge in Geld,

---

[1]) S. 20 ff. dieser Abhandlung.

so gestaltet sich die Berechnung des Anspruches sehr einfach: dann stellt sich der Anspruch nämlich als Differenz zwischen der vereinbarten Vergütung und den Ersparnissen u. s. w. dar. Kommen die Abzüge in ihrer Höhe der Vergütung gleich, so kann der Unternehmer nichts beanspruchen. Uebersteigen sie die Vergütung, so darf trotzdem der Besteller nicht den Ueberschuß vom Unternehmer herausverlangen.[1]) Zweifelhafter ist die Berechnung, wenn die Vergütung zwar in Geld verabredet ist, die Ersparnisse an Aufwendungen und der anderweitige Erwerb dagegen etwas anderes als Geld sind. Hier wird man regelmäßig den Anspruch des Unternehmers in der Weise festzusetzen haben, daß man die in Betracht kommenden Ersparnisse und den betr. Erwerb nach seinem Werte in Geld schätzt und dann den Geldeswert von der Vergütung abrechnet. Allein diese Regel läßt sich nicht immer durchführen: man denke z. B. daran, daß der Unternehmer durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft eine Forderung erworben hat, deren Höhe unbestimmt ist, und deren Bestehen zweifelhaft erscheint, sodaß eine „Schätzung" dieser Forderung zwecks Anrechnung auf die Vergütung geradezu unmöglich ist. Hier wird eine analoge Anwendung des § 281 am Platze sein. Es ist also dem Unternehmer in diesem Falle der Anspruch auf die volle Vergütung einzuräumen, wohingegen der Besteller verlangen kann, daß der Unternehmer ihm die durch Verwendung der Arbeitskraft erlangte Forderung abtritt, ein Verfahren, das dem Interesse beider Vertragsteile gerecht wird.

Aehnlich wird man häufig zu Werke gehen müssen, wenn die Vergütung nicht in Geld besteht; auch dann ist

---

[1]) Schollmeyer: Komm. S. 201. Kisch: S. 93.

dem Unternehmer der Anspruch auf die ganze Vergütung zuzugestehen, und dem Besteller das Recht einzuräumen, die Ersparnisse an Aufwendungen und den Erwerb durch die freigewordene Arbeitskraft heraus zu verlangen. Würde man in diesem Falle in der Art den Anspruch festsetzen, daß man die Vergütung in Geld umrechnet, und dann die Ersparnisse und den Erwerb in Abzug bringt, so erhielte der Unternehmer etwas ganz anderes, als er durch den Vertrag erlangen wollte. Eine derartige Wirkung des dem Besteller eingeräumten Kündigungsrechtes erscheint jedoch als große Härte gegenüber dem Unternehmer. Daher ist der angedeutete Weg der einzig zulässige.[1])

Schließlich ist noch zu erörtern, wie die Berechnung des Anspruches vor sich gehen muß, wenn die Vergütung in Geld und andern Sachen, die Ersparnisse und der Erwerb dagegen nur in Geld bestehen. Hier wird man am zweckmäßigsten durch analoge Anwendung des § 473 zum Ziele gelangen.[2]) Danach sind zunächst die Abzüge mit dem Teile der Vergütung, der in Geld besteht, zu verrechnen, und der etwaige Ueberschuß der Ersparnisse und des Erwerbes gegen die nicht in Geld bestehende Vergütung herauszugeben.

So beim gewöhnlichen Werkvertrage; wie aber, wenn es sich um einen Quotalwerkvertrag handelt? Hier richtet sich die Vergütung, die dem Unternehmer zusteht, nach dem Erfolge, der durch die Arbeit erzielt wird, entweder indem der Entgelt in einer Quote des Werkes besteht, oder in Geld berechnet wird.[3]) Um die Vergütung genau bestimmen zu können, ist demnach notwendig, daß das versprochene Werk zur Herstellung gekommen ist. Wenn nun

---

[1]) Kisch S. 93.
[2]) Planck: Anm. 2 zu § 364.
[3]) vgl. § 1 der Abhandlung.

der Besteller den Quotalwerkvertrag kündigt, — wozu er zweifellos unter denselben Voraussetzungen, wie beim gewöhnlichen Werkvertrage berechtigt ist —[1]) so kommt es zu einer Vollendung des Werkes nicht; mithin ist es geradezu unmöglich geworden, die Vergütung bestimmt festzusetzen. Daher kann der Unternehmer die vereinbarte Vergütung, auf die er im Falle der Kündigung Anspruch hat, nicht erhalten. Man könnte vielleicht daran denken, die Vergütung nach dem bis zur Kündigung Hergestellten zu berechnen; allein diesem Auswege stellen sich schwere Bedenken entgegen. Einmal soll die Vergütung sich nach dem völlig hergestellten Werke richten, also gleichsam eine Belohnung des Unternehmers für den herbeigeführten Erfolg sein. Hieraus geht hervor, daß der Besteller ein Interesse an dem ganzen Werke hat, die teilweise Arbeit für ihn bedeutungslos ist, so daß ihm nicht zugemutet werden kann, für eine bedeutungslose Arbeit dem Unternehmer eine Vergütung zu entrichten. Das bis zur Kündigung „Vorhandene ist von dem bedungenen Arbeitsresultat nämlich nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verschieden.“[2])

Zum andern hat das bis zur Kündigung Hergestellte für die Berechnung der Vergütung beim Quotalwerkvertrage auch deshalb keine Bedeutung, weil es zu einem Teile, nämlich soweit der vom Besteller gelieferte Stoff in Frage kommt, dem Besteller zusteht, während es zum andern Teile „dem Unternehmer schon aus andern Gründen verbleibt.“[3])

Jedoch auf einem Umwege kann man vielleicht erreichen, daß der Unternehmer infolge der Kündigung beim

[1]) Crome: Part. Rgesch. S. 360 f.
[2]) Crome: Part. Rgesch. S. 359.
[3]) Crome: Part. R. S. 359.

Quotalwerkvertrage nicht völlig leer ausgeht. — Man wird nämlich annehmen müssen, daß es im Falle der Kündigung dem Unternehmer freisteht, „die partiarische Lohnklausel für erledigt zu erklären."[1]) Da in der Regel mit der partiarischen Lohnklausel die Verabredung andern Lohnes nicht einhergeht, so läßt sich hier dann § 632 verwerten: ist die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten, so darf man die stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung nach § 632 annehmen. Anders ist es jedoch, wenn der Besteller versprochen hat, dem Unternehmer für einen Mindestverdienst einzustehen; denn dann ist der Wille der Vertragsteile dahin auszulegen, daß der partiarische Lohn ev. der vom Besteller garantierte Mindestverdienst schlechthin als Vergütung anzusehen ist; daher ist in diesem Falle die Anwendung der Fiktion des § 632 nicht am Platze.[2]) Abgesehen von diesem Falle spricht gegen die Heranziehung des § 632 nichts; kann man doch nicht annehmen, daß mit Verabredung der partiarischen Lohnklausel der Unternehmer sich auf gut Glück eine Vergütung ausgemacht hat, „gewissermaßen habe Hazard spielen wollen". Den Qurtalwerkvertrag in diesem Sinne aufzufassen führte entschieden zu weit; denn hiermit käme man mit der Wahrheit des Sprichwortes: „Jeder Arbeiter ist seines Lohnes wert" in krassen Widerspruch. Wenn auch im Quotalwerkvertrag der Eifer des Arbeiters möglichst angespornt werden soll, so hätte man zweifelsohne die Bedeutung eines solchen Vertrages in wirtschaftlicher und pädagogischer Beziehung völlig verkannt, wenn man dem Unternehmer jeden Lohn absprechen wollte, falls es zu einer Vollendung des Werkes nicht kommt, vollends wenn sie, wie bei der Kündigung,

---

[1]) Crome: a. a. 6.
[2]) Crome: Part. R. S. 206 ff.

durch den Besteller verhindert wird. Daher bestimmt sich bei der Kündigung des Quotalwerkvertrages durch den Besteller der Anspruch des Unternehmers gemäß § 649 und Sk. 2 unter Anwendung des § 632 dahin, daß der Unternehmer die für die Herstellung des Werkes geltende taxmäßige oder übliche Vergütung unter Anrechnung dessen verlangen kann, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen hat.

Was sich über die Höhe des dem Unternehmer im Falle der Kündigung zustehenden Anspruches sagen läßt, wird hiermit erschöpft sein; betrachten wir nunmehr die rechtliche Natur dieses Anspruches. Die Bestimmung des § 649 Sk. 2, aus der sich der Anspruch ergiebt, erweist sich, ebenso wie die Vorschrift des § 615, als eine Anwendung des im § 324 Abs. 1 ausgesprochenen Gedankens. Wie im Falle der Kündigung durch den Besteller der Unternehmer und im Falle des Annahmeverzüges des Dienstberechtigten beim Dienstvertrage der andere Vertragsteil, ist bei der durch den Gläubiger verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner berechtigt, die Gegenleistung zu beanspruchen, unter Abzug der durch die Befreiung ersparten Aufwendungen und des durch anderweitige Verwertung der Arbeitskraft erlangten bezw. böswillig zu erlangen unterlassenen Erwerbes. Eine derartig analoge Behandlung lag überaus nahe. Denn beim Dienstvertrage wird durch den Annahmeverzug des Dienstberechtigten, ebenso wie beim Werkvertrag durch die Kündigung von seiten des Bestellers der andere Vertragsteil in eine Lage versetzt, die der des Schuldners bei einer durch den Gläubiger verschuldeten Unmöglichkeit der Leistung durchaus gleicht. Ist es doch sowohl dem Dienstverpflichteten als auch dem Unternehmer

in der Tat unmöglich gemacht, ihre vertragsmäßige Leistung zu bewirken. Andererseits weicht freilich der Tatbestand beim Dienst- und Werkvertrage von dem des § 324 Abs. 1 insofern ab, als hier ein Verschulden des Gläubigers erforderlich ist, während dort die Folgen auch ohne ein Verschulden des Vertragsgegners eintreten können. Dies stellt sich jedoch der analogen Behandlung nicht in den Weg. Das Entscheidende wird nämlich vielmehr darin zu erblicken sein, daß die Befreiung des Unternehmers bezw. Dienstberechtigten von seiner Leistung nicht durch ein Verschulden seinerseits herbeigeführt ist, einerlei, ob sie durch ein Verschulden des Bestellers bezw. des Dienstberechtigten veranlaßt ist oder nicht.

Soviel über die Verwandschaft jener Ansprüche. Hat man nun den Anspruch des Unternehmers aus § 649 als Schadenersatzanspruch oder als Anspruch auf Entgelt aufzufassen? Nach dem Wortlaut des Bürgerlichen Gesetzbuches wird man geneigt sein, ihn für einen Entgeltanspruch anzusehen, da im § 649 St. 2 — im Gegensatz zu § 643 — bestimmt ist, der Unternehmer sei berechtigt, die vereinbarte „Vergütung" zu verlangen. Die Terminologie des Gesetzes kann jedoch für die rechtliche Natur nicht allein ausschlaggebend sein. Wie für das gemeine Recht, so hat auch für das Bürgerliche Gesetzbuch die gegenteilige Ansicht zahlreiche Vertreter gefunden. Mit der ensprechenden Anwendung der l. 19 § 9 und 10 D. 19, 2, worin für die locatio conductio operarum der Anspruch des Dienstverpflichteten im Falle einer grundlosen Zurückweisung seiner Dienste gegenüber dem Dienstberechtigten festgestellt wird, auf den Werkvertrag, ist im gemeinen Recht der Streit um die rechtliche Natur jenes Anspruches auch für den Werkvertrag von Bedeutung.[1])

[1]) Dieser Streit soll, soweit er das gemeine Recht betrifft, nicht eingehend behandelt werden.

Vor allem steht Friedrich Mommsen[1]) auf dem Standpunkt, es handle sich hier um einen Schadenersatzanspruch. Als Hauptgegner dieser Ansicht erweist sich Kohler.[2]) Beide Theorien finden sich in einer Entscheidung des Reichsgerichts vom 22. November 1879.[3]) Die Erörterungen für und wider die eine oder andere Ansicht hinsichtlich des gemeinen Rechts würden zu weit führen.

In der Doktrin des Bürgerlichen Gesetzbuches ist jener Streit um die rechtliche Natur des fraglichen Anspruches nicht verschwunden; die Vertreter der Ansicht, der Anspruch gehe auf Schadenersatz, stehen allerdings ziemlich vereinzelt da. Zu ihnen sind Endemann,[4]) der sich für eine „einheitliche Feststellung des Schadens unter Gegenrechnung des Vorteils oder der Ersparnisse" ausspricht, und vor allem Lotmar[5]) zu rechnen. Dieser begründet seine Ansicht, indem er sich auf den Gegensatz der Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuches im § 649 Sz. 2 und im § 645 Abs. 1 beruft: denn im § 645 sei ein Anspruch des Unternehmers auf einen der geleisteten Arbeit enspreчhenden Teil der Vergütung begründet, „das würde Entgelt sein", fügt Lotmar hinzu. Die Richtigkeit dieser Behauptung erscheint durchaus einleuchtend; allein ein Schluß hiervon auf den Anspruch des § 649 wird verfehlt sein. Denn durch § 649 hat der Unternehmer Anspruch auf die vereinbarte Vergütung, von der allerdings in gewissen Fällen einige Abzüge zu machen sind, die aber möglicherweise in vollem Umfange bestehen bleiben kann, nämlich wenn von dem

---

[1]) Mommsen: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse. S. 356. ff.

[2]) Annahme und Annahmeverzug in Jhering's J. Bd. 11 S. 367; vgl. auch Windscheid: Heildeberger krit. Zeitschrift S. 138. f.

[3]) Seufferts Archiv Bd. 35 S. 375.

[4]) Endemann: Bd. 1 § 128 Nr. 9.

[5]) Lotmar: 1. Bd. S. 638 ff.

Unternehmer weder Aufwendungen erspart sind, noch durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft etwas erworben noch zu erwerben böswillig unterlassen ist. Der Anspruch aus § 645 Abs. 1 dagegen kann niemals die Höhe der vereinbarten Vergütung erreichen, er geht nur auf einen Teil der Vergütung. Das Verhältnis der Höhe des Anspruches aus § 649 und aus § 645 Abs. 1 geht aus dem Wörtchen „nur" des § 650 Abs. 1, durch den auf den Anspruch des § 645 Abs. 1 verwiesen wird, deutlich hervor. Die Höhe beider Ansprüche ist eine grundverschiedene. Mithin konnte vom Gesetze nicht für diese beiden in der Höhe verschiedenen Ansprüche derselbe Ausdruck gewählt werden. Daher dürfte dieser Grund Lotmar's hinfällig sein.

Nicht viel anders steht es mit dem zweiten ins Feld geführten Grund.[1]) Seiner Ansicht nach erweist sich der Anspruch des Unternehmers „als Ersatz auch dadurch, daß von der Vergütung als Schaden mindernd in Abzug kommt, was der Unternehmer an Aufwendnngen erspart" u. s. w. Offenbar erblickt Lotmar in dieser Vorschrift eine Anwendung der im § 254 allgemein ausgesprochenen Kulpakompensation und folgert daraus das Vorliegen eines Schadenersatzanspruches. Durch das Heranziehen des § 254 muß man jedoch zu dem entgegengesetzten Ergebnisse gelangen; da nämlich mit dem böswillig unterlassenen Erwerb nur dasjenige von der Vergütung abgerechnet wird, was der Unternehmer in Schädigungsabsicht nicht erworben hat, so braucht der Unternehmer sich z. B. den Erwerb, den er fahrlässig ohne Schädigungsabsicht unterlassen hat, auf die Vergütung nicht anrechnen zu lassen. Diese Bestimmung ist aber mit der Vorschrift des § 254 unvereinbar.[2]) Denn ist der

---

[1]) Lotmar a. a. O. S. 640.
[2]) Oertmann II. S. 38 f.

Schaden vorwiegend von dem einen oder andern Teile verursacht worden, so hängt gemäß § 254 hiervon die Verpflichtung zum Schadenersatz ab. Hiernach müßte, falls die Anrechnungspflicht entsprechend dieser Vorschrift nachgebildet wäre, dem Unternehmer jedes Verschulden, nicht nur die Böswilligkeit, angerechnet werden. Dieser Widerspruch mit der Vorschrift des § 254 wäre, wenn der Anspruch des Unternehmers sich tatsächlich als Schadensersatzanspruch darstellte, nicht erklärlich.[1])

Schließlich wird man auch deshalb nicht annehmen können, daß der Anspruch auf Schadenersatz geht, weil bei der Entstehung des Anspruches ein Verschulden des Bestellers nicht gefordert wird, während sonst das Bürgerliche Gesetzbuch stets bei der Begründung eines Schadenersatzanspruches auf seiten dessen, gegen den der Anspruch sich richtet, ein Verschulden voraussetzt.[2]) Mithin erscheint nicht einleuchtend, weshalb man die Ausdrucksweise des Gesetzes im § 649 nicht wörtlich auffassen soll. Der Anspruch des Unternehmers aus § 649 Sz. 1 geht demnach auf Entgelt.

In der bisherigen Erörterung beschäftigten wir uns mit den Besonderheiten der Wirkung einer durch den Besteller erfolgten Kündigung des Werkvertrages, sofern der Besteller ohne Rücksicht auf den Kündigungsgrund gekündigt hat. Zur Voraussetzung hat die Kündigung des Bestellers zwar das Vorliegen eines bestimmten Kündigungsgrundes nicht; für die Wirkungen der Kündigung ist jedoch insofern dem Kündigungsgrunde Bedeutung beizumessen, als gemäß § 650 der Anspruch des Unternehmers sich im Gegensatz zum Regelfalle ändert, wenn der Besteller wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages den Werkvertrag kündigt.

---

[1]) Kisch: S. 83. Anm. 3.
[2]) Oertmann a. a. 6.

Dieser Anspruch ist demnächst zu betrachten. Wenden wir uns zuförderst seinen besonderen Voraussetzungen zu.

Häufig legen die Vertragsteile dem Werkvertrage einen Kostenanschlag zu Grunde. Hiermit wird der Zweck verfolgt, dem Besteller ein Bild davon zu verschaffen, wie hoch sich die von ihm zu entrichtende Vergütung aller Voraussicht nach gestalten wird. Je nach dem Inhalt des Anschlages gestaltet sich nun dieses Bild genauer oder weniger genau. Hat nämlich der Unternehmer Gewähr für die Richtigkeit des Kostenanschlages übernommen, so ist es dem Besteller gleichgültig, wie hoch die Kosten zur Herstellung des Werkes sind; denn er kann niemals gezwungen werden, einen höheren als den im Anschlage angegebenen Betrag zu zahlen.[1]) Allein häufig wird durch den Kostenanschlag nur bestimmt, wie hoch die Kosten des Werkes sich ungefähr belaufen werden; nach den Arbeiten und Kosten die sich bei Herstellung des Werkes in Wirklichkeit ergeben, soll die zu entrichtende Vergütung festgestellt werden.[2]) Der Unternehmer übernimmt keine Gewähr für die Richtigkeit des Kostenanschlages. Ergiebt sich nun bei der Arbeit, daß der Unternehmer das Werk nur unter Ueberschreitung des Anschlages anfertigen kann, so hat der Besteller, sofern sich die Ueberschreitung nicht als eine wesentliche darstellt, die Kosten die bei Herstellung des Werkes entstanden sind, zu tragen, weil ja der Unternehmer für die Richtigkeit des Anschlages nicht gewährleistet hat.[3])

Stellt sich dagegen heraus, daß der Unternehmer den Anschlag wesentlich überschreiten muß, um das Werk fertig zu stellen, so müßte man in der Verpflichtung des

---

[1]) Planck Anm. zu § 650; Riezler S. 131; Crome Schuldverh. S. 702; Cosack S. 539.

[2]) Goldmann und Lilienthal: S. 671, Anm. 9.

[3]) Riezler S. 132.

Bestellers, jene weit über den Anschlag hinausgehenden Kosten zu tragen, eine ungerechte Härte erblicken.

Traf freilich den Unternehmer bei dem Versprechen, das Werk ungefähr dem Anschlage entsprechend herzustellen, ein Verschulden, so wird sich in der Regel ein Ausweg zur Vermeidung jener unbilligen Verpflichtung des Bestellers finden lassen; macht nämlich der Unternehmer bei jenem Versprechen vorsätzlich falsche Angaben, so ist der Besteller in der Lage, seine Willenserklärung, durch die der Werkvertrag zu stande gekommen ist, gemäß § 123 wegen arglistiger Täuschung anzufechten und nach § 826 Schadensersatz zu verlangen.[1]) Jedoch dieser Ausweg, den Besteller von seiner Verpflichtung im Falle des Verschuldens des Unternehmers zu befreien, erweist sich insofern als mangelhaft, als die Haftung bei Fahrlässigkeit des Unternehmers nur eintritt, wenn die Aufstellung des Anschlages auf Grund eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Unternehmer und Besteller erfolgte.[2]) Bedenkt man ferner noch, daß es nicht selten unmöglich sein wird, dem Unternehmer ein Verschulden nachzuweisen, so erhellt, daß man mit jenem Auswege zur Beseitigung der Unbilligkeiten nicht zufrieden sein kann. Ein kurzer Blick auf die Geschichte lehrt, daß diesem Gedanken von jeher Rechnung getragen ist. So ist im gemeinen Recht gemäß l. 60 § 4. D. 19. 2 dem Besteller, falls sich eine bedeutende Ueberschreitung des Kostenanschlages herausstellen sollte, ein Rücktrittsrecht eingeräumt;[3]) ebenso hat man im Gebiete des preußischen Rechts, obwohl in diesem Rechte der Fall nicht ausdrücklich

---

[1]) Planck: Anm. 1 zu § 650.
[2]) Planck: a. a. O. 6.
[3]) Windscheid: S. 468; Dankwardt in Jherings J. Bd. 13, S. 332.

geregelt ist, kein Bedenken getragen,[1]) ein Rücktrittsrecht des Bestellers wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages anzuerkennen. Da im Bürgerlichen Gesetzbuche dem Besteller bis zur Vollendung des Werkes ein voraussetzungsloses Kündigungsrecht nach § 649 zusteht, so hat er es auch heute in der Hand, falls eine wesentliche Ueberschreitung des Kostenanschlages zu erwarten ist, den Vertrag zur Aufhebung zu bringen und somit die Fertigstellung des Werkes zu verhindern. Allein die Kündigung würde keineswegs für den Besteller eine Befreiung von seiner Vergütungspflicht bewirken. Mithin sähe sich der Besteller vor die Alternative gestellt, entweder das Werk vollenden zu lassen und wesentlich höhere Kosten als er beabsichtigte, zu zahlen, oder die Herstellung des Werkes zu verhindern, dann aber die Vergütung abgesehen von einigen Abzügen gemäß § 649 Stz. 2 zu entrichten.[2]) Mit einer Kündigung, die die im § 649 angegebenen Wirkungen nach sich zieht, ist demnach dem Besteller nicht geholfen. Mit Rücksicht hierauf hat sich die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches entschlossen, für die Kündigung des Bestellers wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages besondere von den Wirkungen der sonstigen Kündigung abweichende Rechtsfolgen festzusetzen; im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuche hingegen war eine ähnliche Regelung des Falles nicht vorgesehen, weil die Ueberschreitung des Kostenanschlages durch einen Irrtum im Beweggrunde veranlaßt sei, den man nach § 102 des 1. Entwurfes als bedeutungslos anzusehen habe.[3]) Die Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines Bürger-

---

[1]) Dernburg: Preuß. Privatr. Bd. 2 S. 571; Förster-Eccius Bd. 2.
[2]) Prot. S. 336.
[3]) Mot. S. 504.

lichen Gesetzbuches hielt in diesem Falle eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Regelung für erforderlich und setzte sich daher mit der in den Motiven vertretenen Auffassung in Widerspruch.[1])

Bisher ist uns als besondere Voraussetzung des im Falle des § 650 dem Unternehmer zustehenden Anspruches entgegengetreten, daß dem Werkvertrage ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt ist, für dessen Richtigkeit der Unternehmer die Gewähr nicht übernommen hat, Crome[2]) verlangt, daß der Kostenanschlag vom Unternehmer dem Vertrage zu Grunde gelegt ist. Welche Erwägung ihn zu dieser Aeußerung veranlaßt hat, ist nicht zu erkennen; vielleicht hat er ausdrücken wollen, daß der Anschlag nicht vom Besteller allein dem Vertrage zu Grunde gelegt sein dürfe; dieses erscheint jedoch selbstverständlich; denn sonst wird man von einem „einem Vertrage zu Grunde gelegten Kostenanschlage“ nicht gut sprechen können. Ob der Anschlag vom Unternehmer selbst angefertigt ist oder nicht, ist völlig ohne Belang.[3]) Selbst dann wird man den Kostenanschlag als dem Werkvertrage zu Grunde gelegt ansehen müssen, wenn die Vertragsteile auf ihn nur hingedeutet haben, ohne daß er bereits fertiggestellt ist, ein Verfahren, das im täglichen Leben, insbesondere bei größeren Werken nicht selten zur Anwendung gelangen wird. Einem Quotalwerkvertrage wird kaum jemals ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt werden, sodaß es einer besonderen Betrachtung eines solchen Vertrages in dieser Beziehung nicht bedarf.

Ist nun dem Werkvertrage ein Kostenanschlag zu Grunde gelegt, ohne daß der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit desselben übernommen hat, so reiht sich dieser

---

[1]) Prot. a. a. O. 6.
[2]) Crome Bd. 2 S. 702. Anm. 4.
[3]) Planck: Anm. 2 zu § 650.

Voraussetzung als weiteres besonderes Erfordernis gemäß § 650 an, daß der Kostenanschlag wesentlich überschritten ist. Ob die Ueberschreitung durch ein Verschulden des Unternehmers veranlaßt ist oder nicht, bleibt völlig bedeutungslos. Wann die Ueberschreitung des Anschlages nun eine wesentliche ist, muß von Fall zu Fall entschieden werden; denn hierüber enthält sich das Bürgerliche Gesetzbuch jeder Bestimmung.

Daß die Ueberschreitung des Anschlages bereits erfolgte, ist nach dem Tatbestande des § 650 nicht erforderlich; es genügt vielmehr, daß die Unausführbarkeit ohne wesentliche Ueberschreitung sich ergiebt. Da nun der Besteller häufig diese Tatsache nicht erkennen wird, sicherlich aber der Unternehmer sie eher als der Besteller wahrnimmt, so war es, um Unzuträglichkeiten zu vermeiden, notwendig, dem Unternehmer die Anzeigepflicht einer solchen drohenden Ueberschreitung aufzuerlegen. Hätte man dies nämlich verabsäumt, so wäre der Unternehmer in der Lage, dem Besteller die Vorteile, die ihm § 650 bringen soll, illusorisch zu machen, indem er den Besteller bis zur Vollendung des Werkes im Dunkeln über die Ueberschreitung des Kostenanschlages ließe. Daher ist nach § 650 Abs. 2 der Unternehmer verpflichtet, falls eine wesentliche Ueberschreitung des Kostenanschlages zu erwarten ist, dies dem Besteller anzuzeigen. Eine solche Anzeige muß unverzüglich — d. h. nach der Legaldefinition des § 121 ohne schuldhaftes Zögern — erfolgen. Durch diese Vorschrift wird vermieden, daß der Unternehmer durch möglichst spätes Anzeigen der Ueberschreitung den Unterschied zwischen dem Anspruch aus § 650 und dem vollen Entgelt beseitigt.[1]) Handelt der Unternehmer seiner Anzeigepflicht

---

[1]) Prot. S. 336; Planck: Anm. 3 zu § 650.

zuwider, so ist er für den aus dieser Pflichtverletzung entstehenden Schaden dem Besteller ersatzpflichtig.[1])

Schließlich bleibt noch ein Fall zu erwähnen, wo für den Besteller, obwohl eine wesentliche Ueberschreitung des Kostenanschlages zu erwarten steht, eine Kündigung mit den in § 650 ausgesprochenen Folgen unstatthaft ist. Hat nämlich der Besteller nach Abschluß des Werkvertrages dem Unternehmer Anweisungen für die Herstellung des Werkes erteilt, die eine wesentliche Ueberschreitung des Anschlages notwendigerweise mit sich bringen, so muß man zwar annehmen, daß der Unternehmer den Besteller, der vielleicht diese Folgen seiner Anweisungen nicht erkannt hat, auf die hierdurch bedingte Ueberschreitung des Kostenanschlages hinzuweisen hat; besteht jedoch trotzdem der Besteller auf der Vollendung des Werkes gemäß seinen Anweisungen, so ist eine Kündigung von seiten des Bestellers mit den im § 650 angegebenen Folgen nicht zuläſsig.

Neben jenen beiden besondern Erfordernissen des Anspruches des Unternehmers aus § 650, die sich darin zeigten, daß dem Werkvertrag ein Kostenanschlag von den Ver-Vertragsteilen zu Grunde gelegt sein muß, für dessen Richtigkeit der Unternehmer keine Gewähr übernommen hat, und daß eine wesentliche Ueberschreitung dieses Anschlages zu erwarten ist, stellt sich als letzte besondere Voraussetzung dar, daß die Kündigung wegen dieser wesentlichen Ueberschreitung des Kostenanschlages erfolgt. Dies hat zur Folge, daß sich der Besteller, wenn seine Kündigung einmal ohne Bezugnahme auf die Ueberschreitung des Kostenanschlages stattgefunden hat, sodaß dem Unternehmer der Anspruch auf § 649 zusteht, nicht nachträglich auf die wesentliche Ueberschreitung des Anschlages mit der

[1]) Planck: a. a. 6.

Wirkung berufen kann, daß dem Unternehmer nur der im § 650 festgesetzte Anspruch einzuräumen ist.[1])

Die Höhe des in Rede stehenden Anspruches bestimmt sich nach § 645 Abs. 1. Danach kann der Unternehmer im Falle der Kündigung des Bestellers wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung beanspruchen. § 650 Abs. 1 in Verbindung mit § 645 Abs. 1. Beachtenswert ist, daß der Teil der Vergütung mit Rücksicht auf die Arbeit an dem bis zur Kündigung Hergestellten zu bestimmen ist, und daß bei dieser Bestimmung der Wert des Vorhandenen nicht ins Gewicht fällt. Somit läßt sich der der geleisteten Arbeit entsprechende Teil der Vergütung aus der vollen Vergütung, der auf die Herstellung des Vorhandenen aufgewendeten und der auf die Vollendung des ganzen Werkes aufzuwendenden Arbeit leicht berechnen. Es steht nämlich der fragliche Teil der Vergütung zu der vollen Vergütung in demselben Verhältnisse, wie die auf das Vorhandene verwendete Arbeit zu der auf das ganze Werk aufzuwendenden Arbeit. Um die Berechnungsart mit Hülfe einer mathematischen Formel ein für alle Male anzugeben, wird man daher zu einer Proportion greifen. Bezeichnet man die gesuchte Größe mit x und von den angegebenen Größen die Vergütung mit a, die Arbeit für das ganze Werk mit b und die Arbeit für das Vorhandene mit c, so kleidet sich das Verhältnis dieser Größe in die Formel: $x : a = c : b$; $x = \frac{a.\ c.}{b.}$ Führen wir die Rechnung an einem Beispiele aus: war die Vergütung mit 100 Mk. veranschlagt, auf die Vollendung des Werkes 100 Arbeitsstunden zu verwenden und bis zur Kündigung an dem Vorhandenen

[1]) Oertmann R. d. Schuldverh. S. 374.

75 Stunden gearbeitet, sodaß a = 100, b = 100 und c = 75 ist, so wäre x = $\frac{100 \cdot 75}{100}$ = 75. Demnach hätte der Unternehmer in diesem Falle 75 Mk. zu beanspruchen.[1])

Neben jenem der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung geht der Anspruch des Unternehmers auch noch auf Erstattung der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen. § 650 Abs. 1 in Verb. mit § 645 Abs. 1. Diese Auslagen sind nicht etwa, ähnlich wie bei dem Teile der Vergütung aus ihrem Verhältnis zu den für das ganze Werk aufzuwendenden Auslagen zu berechnen; ihre Höhe bestimmt sich vielmehr nach den für das bis zur Kündigung Vorhandene tatsächlich gemachten Aufwendungen, die in der Vergütung nicht berücksichtigt sind. Sind jedoch die Auslagen in der Vergütung mit inbegriffen, so ist ein Ersatz derselben deshalb nicht vorgeschrieben, weil sie bereits bei dem der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung dann in Betracht zu ziehen sind, und andernfalls der Unternehmer ohne Grund bereichert würde. Dem Vorschlage Oertmanns[2]) den Teil der Vergütung in diesem Falle zunächst ohne Rücksicht auf die Auslagen zu berechnen und dann dem Resultat die in der Vergütung inbegriffenen Auslagen nach ihrem Schätzungswerte zuzuschreiben, wird man ohne Bedenken beitreten können; denn aus der besprochenen Höhe des Anspruches ergiebt sich, daß es Absicht des Gesetzgebers gewesen ist, dem Unternehmer bei der Kündigung wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages eine dem bis zur Kündigung Hergestellten entsprechende Vergütung zu teil

---

[1]) Crome: Bürg. R. S. 699; Oertmann: Anm. 2 zu § 645.

[2]) Oertmann: Komm. z. B. G. B. Anm. 2 zu § 645.

werden zu lassen. Dieser Zweck des Gesetzes ist auf dem von Oertmann vorgeschlagenen Wege durchaus gewahrt.

Hiermit sind wir bereits der Frage nach der rechtlichen Natur des in Rede stehenden Anspruches recht nahe gekommen. Zunächst nimmt es auf den ersten Blick Wunder, daß bei Kündigung des Werkvertrages wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages dem Unternehmer derselbe Anspruch wie im Falle des § 645 eingeräumt ist. Denn der § 645 Abs. 1 befreit den Unternehmer für den Fall, daß ein vom Besteller zu vertretender Umstand den Untergang, die Unausführbarkeit oder die Verschlechterung des Werkes bewirkt hat, von der ihm durch § 644 auferlegten Pflicht, die Gefahr zu tragen, indem er ihm jenen oben besprochenen Anspruch zugesteht. Hier ist dem Unternehmer also jener Anspruch gewährt, weil ihm die vertragsmäßige Herstellung des Werkes durch einen Umstand erschwert ist, den der Besteller zu vertreten hat. Nach § 650 hingegen kann von einem Verschulden des Bestellers nicht die Rede sein. Somit ergiebt sich, daß eine innere Beziehung dieses Tatbestandes zu dem des § 645 Abs. 1 sich nicht gut auffinden läßt. Daher wird man annehmen können, daß die Verweisung des § 650 Abs. 1 auf den § 645 Abs. 1 durch rein redaktionelle Gründe, — nämlich um Wiederholungen zu vermeiden — veranlaßt ist.

Erweist sich nun jener Anspruch als ein Schadenersatz- oder Entgeltanspruch? Da die Höhe des Anspruches sich nach der vereinbarten Vergütung richtet, so liegt es nahe, ihn als Entgeltanspruch aufzufassen. Offenbar auf Grund dieser Ansicht kommt Oertmann[1]) zu der Ueberzeugung, daß der „vertragsmäßige Anspruch des Unternehmers in der im § 645 Abs. 1 festgesetzten Höhe unversehrt bleibe".

Zu diesem Standpunkt wird man auch mit Rücksicht

[1]) Oertmann: Komm. z. B. G. B. Anm. 2 zu § 645.

darauf gelangen müssen, daß durch den Anspruch das Interesse des Unternehmers nicht immer gedeckt wird, da „der Anspruch seine Grenze in der Höhe der vereinbarten Vergütung findet".[1]) Eine derartige Bestimmung erklärt sich aus Erwägungen, die man dem Besteller bei der Kündigung wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages schuldig war; konnte man ihm doch unmöglich zumuten, über die vereinbarte Vergütung hinaus dem Unternehmer das Interesse zu ersetzen, da sonst von Vorteilen, die der § 650 gegenüber der Kündigung ohne Rücksicht auf den Kündigungsgrund gewähren soll, nicht die Rede sein kann. Ferner spricht gegen die Ansicht, den Anspruch als Schadensersatzanspruch aufzufassen, daß hier — ebenso wie bei dem Anspruche aus § 649[2]) — ein Verschulden des Bestellers nicht vorausgesetzt wird, das Bürgerliche Gesetzbuch aber bei Schadensersatzansprüchen regelmäßig auf seiten dessen, gegen den der Anspruch geht, das Vorliegen eines Verschuldens fordert.

Somit wird man sich der von Riezler[3]) vertretenen Ansicht nicht anschließen können, und annehmen müssen, daß jener Anspruch des Unternehmers auf Entgelt geht.

Fassen wir kurz das Ergebnis, das wir für das Kündigungsrecht des Bestellers gefunden haben, zusammen; der Besteller ist berechtigt, sofern nicht etwas anderes von den Vertragsteilen vereinbart ist, bis zur Vollendung des Werkes jederzeit zu kündigen; kündigt er ohne Rücksicht auf einen Kündigungsgrund, so bleibt dem Unternehmer der Anspruch auf die vereinbarte Vergütung; er muß sich freilich anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrages an Aufwendungen erspart oder was er

---

[1]) Riezler: S. 147.
[2]) S. 34 dieser Abhandlung.
[3]) Riezler: S. 147.

durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erlangt oder zu erlangen böswillig unterläßt. Diesem sozusagen regelmäßigen Kündigungsrechte des Bestellers steht die Kündigung wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages gegenüber: kündigt der Besteller aus diesem Grunde den Werkvertrag, so steht dem Unternehmer ein der geleisteten Arbeit entsprechender Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen zu.

2. Abschnitt.

Das Kündigungsrecht des Unternehmers.

§ 5. a. Die Voraussetzungen der Kündigung.

Die Voraussetzungen der Kündigung des Werkvertrages durch den Unternehmer ergeben sich aus § 643 in Verb. mit § 642. Zuvörderst muß hiernach eine Handlung des Bestellers bei Herstellung des versprochenen Werkes erforderlich sein. Worin diese Handlung besteht, bestimmt sich nach dem Inhalte des Vertrages. Der häufigste Fall einer derartigen für die Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung wird in der Verpflichtung des Bestellers, den Stoff für das betreffende Werk zu liefern, zu erblicken sein. Allein dies ist nicht die einzige Möglichkeit; die Handlung des Bestellers kann die denkbar verschiedenste sein. So erscheint z. B. bei einem Werkvertrage, durch den der Unternehmer ein Porträt des Bestellers anzufertigen verspricht, die Handlung darin, daß der Besteller Modell sitzt. Stets muß die betr. Handlung des Bestellers erforderlich sein. Hieraus geht hervor, daß eine Handlung, die zwar dem Unternehmer die Vollendung des Werkes erleichtert, nicht aber zur Herstellung unbedingt erforderlich ist, das Kündigungsrecht nach § 643 nicht begründen kann.

Sodann ist erforderlich, daß der Besteller durch Unterlassen der betr. Handlung in Verzug der Annahme kommt. Wann gerät nun der Besteller in diesem Falle

in Annahmeverzug? Wie für jeden Gläubigerverzug, so stellt sich auch hier als Haupterfordernis die Bereitschaft des Unternehmers dar, seine vertragsmäßige Leistung zu bewirken. § 294 in Verb. mit § 297. Nicht nur den Willen, sondern auch die Fähigkeit, das versprochene Werk anzufertigen, muß der Unternehmer haben, um den Besteller in Annahmeverzug zu setzen. Da aber der Besteller durch das Unterlassen der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung den Unternehmer an der Vollendung — ja im Falle der unterlassenen Stofflieferung sogar an dem Beginne — des Werkes verhindert, so kann hier von einer Erfüllungsbereitschaft des Unternehmers nur insofern gesprochen werden, als dieser in der Lage sein muß, seinen Vertragspflichten nachzukommen, wenn der Besteller die betreffende Handlung vornähme: „je weniger der Besteller zur Erfüllung mitzuwirken hat, desto mehr muß der Unternehmer getan haben, um den Besteller in Verzug zu setzen.[1])"

Von einer Leistungsbereitschaft des Unternehmers kann man nicht sprechen im Falle der Unmöglichkeit der Leistung. Sofern diese Unmöglichkeit der Leistung ihren Grund in der Person des Unternehmers hat, fällt mit der Leistungsbereitschaft für den Unternehmer unbedingt die Fähigkeit, den Besteller in Verzug der Annahme zu bringen.

Wieweit hat aber eine Unmöglichkeit der vom Besteller zur Herstellung des Werkes vorzunehmenden Handlung die Unmöglichkeit der Leistung mit der Wirkung zur Folge, daß der Annahmeverzug des Bestellers nicht eintreten kann? Die Unmöglichkeit der betreffenden Handlung kann eine verschiedene sein; zunächst ist es denkbar, daß die Handlung

---

[1]) **Rosenberg**: in **Iherings** J. Bd. 43 S. 156.

dem Besteller subjektiv unmöglich ist: sie könnte wohl von einem andern vorgenommen werden, der Besteller ist jedoch in dem entscheidenden Augenblick nicht imstande, sie zu bewirken. Hat z. B. jemand mit einem Uhrmacher einen Werkvertrag zwecks Reparatur seiner Uhr geschlossen, und verkauft er die Uhr, bevor er sie dem Uhrmacher zur Reparatur hingegeben hat, so ist dem Besteller die zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung, nämlich die Uebergabe der Uhr an den Uhrmacher, subjektiv unmöglich. In diesem Falle wird man wegen der Unmöglichkeit der Leistung die Erfüllungsbereitschaft des Unternehmers nicht leugnen können, sodaß dem Annahmeverzuge des Bestellers in dieser Hinsicht nichts im Wege steht.[1]) Ob die Unmöglichkeit infolge eines Verschuldens des Bestellers eingetreten ist oder nicht, ändert an den Voraussetzungen des Annahmeverzuges nichts.[2])

Auf der andern Seite kann die Handlung des Bestellers auch objektiv unmöglich sein: Die Handlung kann nicht nur von dem Besteller nicht vorgenommen werden, sondern es ist unmöglich, daß sie überhaupt jemand ausführt, z. B. der Wagen, an dem eine Reparatur vorgenommen werden soll, verbrennt. Hier wird es zum Annahmeverzug des Bestellers nicht kommen können, selbst dann nicht, wenn den Besteller bei dem Eintritt der Unmöglichkeit der erforderlichen Handlung ein Verschulden trifft. In diesem Falle wird die Leistung des Unternehmers durch die Unmöglichkeit der erforderlichen Handlung unausführbar und zwar infolge eines Umstandes, den der Besteller zu vertreten hat; daher haftet der Besteller hier

---

[1]) Kisch: S. 80. Dernburg Bürg. Recht Bd. II 1, S. 164 f.

[2]) Kisch S. 77.

dem Unternehmer gemäß § 324 d. B. G. B.[1]) Die objektive Unmöglichkeit der vom Besteller vorzunehmenden Handlung bringt eine Unmöglichkeit der Leistung für den Unternehmer in dem Maße mit sich, daß von einer Erfüllungsbereitschaft nicht die Rede sein kann. Mithin vermag der Unternehmer den Besteller nicht in Annahmeverzug zu setzen.[2]) Diese Ansicht ist freilich in der Literatur nicht unbestritten; als ihr Gegner erweisen sich vor allem Kohler[3]) und Kuhlenbeck.[4]) Beide erblicken in der objektiven Unmöglichkeit der vom Besteller vorzunehmenden Handlung kein Hindernis für den Eintritt des Annahmeverzuges des Bestellers. Einmal ist jedoch diese Meinung mit dem Wortlaut des § 297 nicht vereinbar; denn gemäß § 297 ist erforderlich, daß beim Annahmeverzug des Bestellers der Unternehmer nicht außer Stande ist, das Werk herzustellen. Ist jedoch die Handlung, die der Besteller vorzunehmen hat, objektiv unmöglich, so kann man nicht von einer Fähigkeit des Unternehmers, das Werk zu vollenden, sprechen. Zum andern spricht auch die Vorschrift des § 645 deutlich gegen jene Ansicht. Stellt man sich nämlich auf den Standpunkt Kohlers[5]) und Kuhlenbecks[6]), so würde es dem Unternehmer möglich, wenn das von ihm versprochene Werk infolge eines Mangels des vom Besteller gelieferten Stoffes unausführbar würde, den Besteller in Verzug der Annahme zu setzen. Die Folgen dieses Verzuges wären aber derartig schwere, daß es nicht erklärlich erschiene, weshalb

---

[1]) Kisch: S. 76.
[2]) Rosenberg in Iherings J. Bd. 43. S. 164. Kisch a. a. O.
[3]) Kohler im Archiv für Bürg. Recht Bd. 13. S. 258 ff.
[4]) Kuhlenbeck: Bd. 2 S. 83 ff.
[5]) Kohler a. a. O.
[6]) Kuhlenbeck a. a. O.

dieser Fall noch der besondern Regelung durch § 645 bedürfte.[1]) Somit ergibt sich, daß der Besteller sehr wohl bei subjektiver, nicht aber bei objektiver Unmöglichkeit der von ihm vorzunehmenden Handlung in Verzug der Annahme geraten kann.

Nicht selten wird sich unter den Parteien über die Bereitschaft des Unternehmers, die vertragsmäßige Leistung vorzunehmen, Streit erheben. Die Frage nach der Beweislast für diesen Fall hat im Bürgerlichen Gesetzbuche mit der negativen Fassung des § 297 ihre Beantwortung gefunden. Hiernach ist, im Gegensatz zum ersten Entwurf, der sich in diesem Punkte der herrschenden Meinung des gemeinen Rechtes anschloß, der Gläubiger, beim Werkvertrage demnach der Besteller verpflichtet, dem Unternehmer die fehlende Erfüllungsbereitschaft nachzuweisen, wenn er den Eintritt des Annahmeverzuges aus diesem Grunde bestritten hat. Eine derartige Regelung der Beweislast entspricht vollkommen den Verhältnissen. Würde es doch andernfalls dem Besteller ermöglicht sein, dem Unternehmer Schwierigkeiten für die Voraussetzungen des Annahmeverzuges zu bereiten, deren Wegräumung dem Unternehmer nicht zugemutet werden kann.

Außer für die Beweislast lassen sich aus § 297 auch die Bestimmungen für die Frage, in welcher Zeit der Unternehmer zur Erfüllung bereit sein muß, erkennen. Hiernach muß nämlich der Unternehmer zur Zeit des Angebotes, oder wenn für die vom Besteller vorzunehmenden Handlung eine Zeit kalendermäßig bestimmt ist, zu dieser Zeit im Stande sein, die Leistung zu bewirken.[2])

[1]) Kisch: S. 80 Anm. 16 und die dort angegebenen Schriftsteller.

[2]) Endemann S. 621; Cosack: S. 351. Crome S. 150 und Munk: S. 55.

Hiermit sind wir bereits der nächsten Voraussetzung des Annahmeverzuges näher gekommen. Damit nämlich der Besteller von der Erfüllungsbereitschaft des Unternehmers Kenntnis erlangt, hat der Unternehmer ihm ein Angebot der Leistung zu machen. §§ 264 und 295. Mit dieser Bestimmung hat das Bürgerliche Gesetzbuch den Streit der gemeinrechtlichen Doktrin über die Notwendigkeit eines Angebotes der Leistung durch den Schuldner beim Gläubigerverzuge im Sinne der herrschenden Meinung entschieden.[1])

Auch bei der Regelung der Frage, wie dieses Angebot der Leistung, ob real oder verbal, zu erfolgen habe, folgt das Bürgerliche Gesetzbuch der herrschenden Lehre, des gemeinen Rechtes.[2]) Wie im gemeinen Recht, so ist für das Bürgerliche Gesetzbuch nach § 294 regelmäßig ein tatsächliches Angebot erforderlich, während nur ausnahmsweise gemäß § 295 an dessen Stelle ein wörtliches Angebot treten kann; in den Fällen des § 296 ist sogar entsprechend dem Grundsatze: dies interpellat pro homine das Angebot überhaupt erläßlich.

Daß Inhalt des Angebotes die Leistung ist, wird weitaus von der Mehrzahl der Schriftsteller, sowohl für das Bürgerliche Gesetzbuch als auch für das gemeine Recht angenommen.[3]) Rosenberg[4]) dagegen hält es für beide Rechtsgebiete für „unlogisch", zwischen oblatio realis und oblatio verbalis zu unterscheiden. Seiner Ansicht nach zeigt sich der Unterschied zwischen jenem sog. tatsächlichen und wört-

---

[1]) Mommsen: 3. S. 139. Dernburg Pand. S. 119. von Madai S. 230—232. Kisch: S. 200—205 u. a. A. M. Kohler in Iherings J. Bd. 17. S. 400. Schai S. 108.

[2]) von Madai: S. 231/35. Mommsen: S. 141; Dernburg, Pand. S. 170. Hirsch: S. 207 u. a.

[3]) Für das gemeine Recht: die oben Anm. 1 und 2 Genannten, für das B. G. B. Dernburg Bürg. R. Bd. II 1, S. 165. u. a.

[4]) Rosenberg in Iherings J. Bd. 43 S. 150—157.

lichen Angebot der Leistung darin, daß im ersten Falle, der Schuldner tatsächlich leistungsbereit sein muß, während im zweiten Falle das Angebot einer nur wörtlichen Leistungsbereitschaft genügt. Bei dieser Unterscheidung läßt Rosenberg[1]) jedoch außer acht, daß die Leistungsbereitschaft das Haupterfordernis, „die fundamentale Voraussetzung,“[2]) des Verzuges der Annahme ist. Eine nur „wörtliche Leistungsbereischaft“ des Unternehmers kann niemals genügen, um den Besteller in Verzug zu setzen Soviel über das Angebot der Leistung als Erfordernis des Gläubigerverzuges im allgemeinen. Wie hat nun der Unternehmer seine Leistung anzubieten, um den Besteller durch das Unterlassen der seinerseits erforderlichen Handlung in Verzug der Annahme zu setzen? Zunächst kann der Unternehmer das Angebot so machen, wie es für den Eintritt des Gläubigerverzuges im § 294 als Regel vorgeschrieben ist: er kann dem Besteller die Herstellung des versprochenen Werkes anbieten. Der Tischler, der z. B. einen Pavillon im Garten des Bestellers errichten soll, gibt sich mit den zugeschnittenen Balken an die Pforte des Gartens und fordert den Besteller zum Oeffnen derselben auf, damit er seiner Vertragspflicht entsprechend den Pavillon aufstellen kann. Wäre diese Art jedoch die einzige Möglichkeit für den Unternehmer, seine Leistung dem Besteller anzubieten, so könnte es häufig der Fall sein, daß der Besteller überhaupt nicht in die Gefahr kommt, durch Unterlassen der von ihm vorzunehmenden Handlung in Verzug der Annahme zu geraten. Man denke z. B. daran, daß der Besteller des Pavillons sich Jahre lang auf Reisen befindet; hier wäre es dann dem Unternehmer unmöglich gemacht, den Vertragsgegner in Verzug zu bringen. Dies würde aber offenbar eine Unbilligkeit gegenüber dem Unternehmer bedeuten.

---

[1]) Rosenberg a. a. O.
[2]) Dernburg: Bd. II I. S. 164.

Daher ist es denn im § 295 bestimmt, daß es eines tatsächlichen Angebotes nicht bedarf, wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Bestellers erforderlich ist; hier genügt ein wörtliches Angebot. An eine Form ist dieses Angebot nicht gebunden: es kann schriftlich oder mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.

Ein Fall ist vom Bürgerlichen Gesetzbuche besonders hervorgehoben: dem Angebot ist gemäß § 295 Sz. 2 die Aufforderung an den Besteller, die erforderliche Handlung vorzunehmen, gleichgestellt, eine Bestimmung, deren praktischer Wert nicht zu verkennen ist, die im täglichen Leben sehr häufig zur Anwendung gelangen wird. Kaum wird der Unternehmer jemals ein Angebot, weder ein tatsächliches noch ein wörtliches, machen, um den Besteller, der mit der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung säumig ist, in Verzug der Annahme zu setzen, sondern fast immer wird er den Annahmeverzug des Bestellers durch die Aufforderung, die betr. Handlung vorzunehmen, bewirken. Solange der Aufenthaltsort des Bestellers bekannt ist, werden dem Unternehmer bei jener Aufforderung Schwierigkeiten nicht in den Weg treten. Wie aber, wenn er nicht weiß, wo jener weilt, und ein Vertreter, dem gegenüber er die Aufforderung abgeben könnte, nicht vorhanden ist? Die Konsequenz der von Kohler[1]) vertretenen Ansicht führt über diese Schwierigkeit, am leichtesten hinweg; denn da Kohler für den Gläubigerverzug das Erfordernis des Angebotes in Frage stellt, so kann seiner Ansicht nach der Besteller auch ohne jede Aufforderung in Verzug der Annahme gelangen. Allein im Bürgerlichen Gesetzbuch ist das Angebot so deutlich als Voraussetzung des Gläubigerverzuges gekennzeichnet, daß man meines Erachtens nach jener von Kohler vertretenen

[1]) Kohler im Archiv für bürg. Recht Bd. 13 S. 190 und in Iherings J. Bd. 17 S. 262 ff.

Ansicht unter keinen Umständen beitreten kann; spricht doch fast jeder § des Bürgerlichen Gesetzbuches, der sich mit den Erfordernissen des Annahmeverzuges beschäftigt, [§§ 293—300] von der „angebotenen Leistung".

Kam man von jener Ansicht zu dem Schluß, den Annahmeverzug des Bestellers selbst ohne Aufforderung zur Bewirkung der Handlung als vorhanden anzunehmen, so fehlt es auf der andern Seite nicht an einem Schriftsteller, der dem Unternehmer die Möglichkeit abspricht, den Besteller in Verzug zu setzen, wenn der Aufenthaltsort desselben unbekannt ist, sodaß der Unternehmer nicht die Aufforderung zur Vornahme der Handlung an ihn gelangen lassen kann.[1] Die Beweisführung ist dann etwa so: da der Annahmeverzug das Angebot der Leistung zur Voraussetzung hat, in diesem Falle aber dem Unternehmer unmöglich ist, die Erfüllung des Vertrages dem Besteller anzubieten, oder was dem wörtlichen Angebot gleichsteht, ihn zur Vornahme der zur Herstellung des Werkes nötigen Handlung aufzufordern, so kann es zum Verzuge nicht kommen. Abgesehen davon, daß diese Ansicht zu Unbilligkeiten für den Unternehmer führt, scheitert sie an der Unrichtigkeit des Untersatzes. Denn die Aufforderung des Bestellers, die betr. Handlung vorzunehmen, ist dem Unternehmer keineswegs unmöglich geworden. Da nämlich jene Aufforderung sich als empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 darstellt, so kann gemäß § 132 Abs. 2 ihre Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung erfolgen. Diese Zustellung ist nach § 132 Abs. 2 Sz. 2 mit Hülfe des Amtsgerichtes, in dessen Bezirk der unbekannt abwesende Besteller seinen letzten Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes den letzten

---

[1] Hirsch: S. 253.

Aufenthalt hatte, vorzunehmen. Wann die Aufforderung als zugestellt gilt, bestimmt sich nach § 206 der Zivilprozeßordnung.[1]) Somit ergibt sich, daß es dem Unternehmer selbst dann möglich ist, den Besteller mittelst Aufforderung zur Vornahme der seinerseits nötigen Handlung in Verzug der Annahme zu setzen, wenn der Aufenthaltsort des Bestellers unbekannt ist. Soviel mag über die Aufforderung an den Besteller, die zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung vorzunehmen, gesagt sein. Sie stellt sich als eine wesentliche Erleichterung des Angebotes dar, das von dem Unternehmer zu machen ist, um den Besteller in Verzug der Annahme zu bringen.

In dieser Erleichterung ist aber das Bürgerliche Gesetzbuch noch einen Schritt weiter gegangen. Gemäß § 296 ist überhaupt kein Angebot erforderlich, wenn für die vom Besteller vorzunehmende Handlung eine Zeit kalendermäßig bestimmt und die Handlung zu dieser Zeit ausgeblieben ist. Diese Bestimmung entspricht in hohem Maße den Bedürfnissen des täglichen Lebens. Mit dem Gesagten sind die Erfordernisse des Annahmeverzuges des Bestellers, soweit die Person des Unternehmers in betracht kommt, erschöpft.

Zweck des Angebotes ist, dem Besteller von der Leistungsbereitschaft des Unternehmers Kenntnis zu verschaffen; aber nicht der einzige Zweck. Das Angebot ist, wie sich Crome[2]) zutreffend ausdrückt „ein Sicherheitserfordernis.“ Erlangt nämlich durch dasselbe einerseits der Besteller von der Erfüllungsbereitschaft des Unternehmers Kunde, so soll es auf der andern Seite dem Besteller die Gewißheit bringen, ob der Besteller die Leistung anzunehmen gedenkt. Diese Gewißheit ist für den Unternehmer höchst

[1]) Munk: S. 64 Warschauer: S. 72. Kornfeldt S. 34—35; Rosenberg S. 160.
[1]) Crome: S. 149 (Bürg. Recht).

bedeutungsvoll, da die Nichtannahme der Leistung durch den Besteller sich gemäß § 293 als Erfordernis des Annahmeverzuges erweist. Wie kann man aber von einer Nichtannahme des Bestellers sprechen, obwohl der Unternehmer noch nicht in der Lage ist, das Werk, wie er es versprochen hat, zu liefern, da ja zur Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich ist? Dies erklärt sich aus dem Begriffe der Nichtannahme des Gläubigerverzuges. Das Wesen derselben ist nämlich nicht dahin zu beschränken, daß von einer Nichtannahme der Leistung nur die Rede ist, wenn der Besteller die letzte Mitwirkung zur Beendigung des Werkvertrages unterläßt, das Werk nicht abnimmt, sondern der Begriff ist weiter zu fassen. Eine Nichtannahme liegt dann schon vor, wenn der Besteller die seinerseits zur Vollendung des Werkes erforderliche Handlung nicht vornimmt: Durch Unterlassen der betr. Handlung bringt der Besteller seinen Willen das herzustellende Werk nicht anzunehmen, zum Ausdruck.

Hat es nun irgend welchen Einfluß, ob den Besteller beim Unterlassen der Handlung ein Verschulden trifft? Den älteren Schriftstellern des gemeinen Rechts ist die Frage nach dem Verschulden beim Annahmeverzuge unbekannt. Zuerst wird sie von Schoemann[1]) in seinem im Jahre 1806 erschienenen Werke vom Schadenersatz aufgeworfen. Im Laufe des 19. Jahrhunderts knüpft sich sodann an diese Frage eine lebhafte Kontroverse, indem die einen[2]) den Einfluß des Verschuldens auf den Annahmeverzug völlig in Abrede stellen, während andere[3]) von einem Verzuge der Annahme nur dann sprechen wollen, wenn den

[1]) Schoemann: II. Teil S. 12 ff.

[2]) Schoemann: a. a. O. S. 15 ff; Köhler in Jherings J. Bd. XVII S. 409—420. Hirsch: S. 215 ff. u. a.

[3]) Windscheid: Bd. II. S. 412. Schey: S. 93; vgl. auch Dernburg Pand: § 43. 3. Anm. 9 und Madai S. 228.

Gläubiger ein Verschulden trifft. Gleichsam vermittelnd zwischen beiden Richtungen steht Mommsen[1]) mit seiner Ansicht, „durch willkürliche Nichtannahme müsse ein subjektives Moment dem Gläubigerverzuge hinzutreten". Dieser Streit ist in der Doktrin des Bürgerlichen Gesetzbuches verschwunden. Denn im Bürgerlichen Gesetzbuche ist das Verschulden des Gläubigers als Voraussetzung des Annahmeverzuges nicht gefordert. (§§ 293, 297). Daher kommt der Besteller durch Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme, mag dieses Unterlassen auf ein Verschulden seinerseits zurückzuführen sein oder nicht. Ist also z. B. die Uhr des Bestellers, deren Reparatur der Unternehmer besorgen soll, gestohlen, so kann der Besteller in Verzug der Annahme geraten, obwohl ihn ein Verschulden daran, daß er die Uhr dem Unternehmer nicht übergeben kann, gar nicht trifft. Freilich darf durch den Diebstahl nicht die Reparatur objektiv unmöglich geworden sein.

Aus dem Gesagten beantwortet sich die Frage: wann kommt der Besteller durch Unterlassen der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung in Verzug der Annahme? In erster Linie muß der Unternehmer erfüllungsbereit sein; sodann muß er dem Besteller die Herstellung des Werkes anbieten, und zwar entweder tatsächlich oder wirklich; statt des wörtlichen Angebotes kann er auch den Besteller zur Vornahme der betr. Handlung auffordern. Auf seiten des Bestellers ist für den Annahmeverzug nur Voraussetzung, daß er die Handlung unterlassen hat, gleichgültig, ob die Nichtvornahme der Handlung auf ein Verschulden zurückzuführen ist oder nicht.

Ist nun der Besteller entsprechend den obigen Bestimmungen durch Unterlassen der seinerseits zur Herstellung

[1]) Mommsen: mora S. 160—168.

des Werkes erforderlichen Handlung in Verzug der Annahme geraten, so ist das Kündigungsrecht des Unternehmers noch keineswegs schlechthin begründet. Der Unternehmer muß vielmehr nach § 643 seinem Vertragsgegner eine angemessene Frist setzen, mit der Aufforderung, innerhalb dieser Frist die betr. Handlung vorzunehmen. Diese Aufforderung ist als empfangsbedürftige Willenserklärung im Sinne des § 130 f. anzusehen und daher den hierfür gegebenen Bestimmungen unterworfen. Wann die gesetzte Frist angemessen ist, läßt sich abstrackt nicht bestimmen; der konkrete Fall muß hier den Ausschlag geben. Keinesfalls darf bei der Entscheidung, ob die Frist angemessen ist oder nicht, das Interesse des einen oder andern Teiles allein als maßgebend angesehen werden. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sind hier zu berücksichtigen, um für beide Vertragsteile zu einem befriedigenden Ergebnisse zu gelangen. Hat der Unternehmer dem Besteller eine längere Frist als gemäß § 643 erforderlich gesetzt, so kann dieselbe nicht etwa später verkürzt werden, mit der längeren Frist hat es dann sein Bewenden. Wie aber, wenn jene Frist zu kurz bemessen ist? Hier hat die Fristbestimmung keine rechtliche Bedeutung, da sie den Vorschriften des § 643 nicht genügt.[1]) Meines Erachtens nach kann man nicht zu dem Schlusse kommen, daß in diesem Falle trotz der zu kurz bemessenen Frist der Besteller die Handlung in angemessener Zeit vorzunehmen habe. Auf diesem Standpunkte stehen Fischer-Henle[2]) und Cosack[3]). Während einerseits jedoch Fischer-Henle für seine Ansicht eine Begründung überhaupt nicht giebt, erscheint mir andererseits der von Cosack angeführte Grund nicht stichhaltig.

---

[1]) Planck: Anm. 2 zu § 250; Oertmann Komm. S. 14.
[2]) Fischer Henle S. 737.
[3]) Cosack: S. 353.

Nach Cosacks Meinung ist nämlich der zu kurz bemessenen Frist die Gültigkeit deshalb nicht zu versagen, weil der § 326 die Rechtsfolgen, die von der Nichtvornahme der Handlung abhängen, eintreten läßt, wenn die Handlung nicht „rechtzeitig" vorgenommen wird. Dieser Begründung kann man jedoch entgegenhalten, daß den Ausdruck „rechtzeitig" das Bürgerliche Gesetzbuch nur aus sprachlichen Rücksichten, nämlich um im Ausdruck zu wechseln, angewandt hat; geht doch aus dem dreimaligen Gebrauch der Bezeichnung „Ablauf der Frist" in diesem § schon zur Genüge hervor, daß unter „rechtzeitig" nur die Zeit vor Ablauf der angemessen bestimmten Frist gemeint sein kann. Dahe wird man der von Cosack verteidigten Ansicht nicht beitreten können, und eine zu kurz bemessene Frist als ungültig anzusehen haben.

Der Aufforderung an den Besteller, die ihm obliegende Handlung in der festgesetzten Frist vorzunehmen, hat der Unternehmer seine Kündigung sozusagen anzuschließen. Er muß nämlich dem Besteller erklären, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen sei.[1] Somit bildet jene Präklusivfrist das letzte Glied in der Kette der Voraussetzungen der Kündigung des Unternehmers. Die Art und Weise, wie die Kündigungserklärung mit jener Aufforderung an den Besteller gemäß § 643 zu verbinden ist, lassen erkennen, daß wir es bei der Kündigung des Werkvertrages durch den Unternehmer zweifellos mit einer bedingten Kündigung zu tun haben. Diese Einräumung eines Kündigungsrechtes unter einer Bedingung liefert

---

[1]) § 643. d. B. G. B.

einen schlagenden Beweis zur Widerlegung der Ansicht, daß die Kündigung keinerlei Bedingung vertrage.[1])

Der hohe soziale Wert des im besprochenen Falle dem Unternehmer gewährten Kündigungsrechtes ist nicht zu verkennen. Wohin würde es führen, wenn es ihm nicht eingeräumt wäre? Unzuträglichkeiten für den Unternehmer wären die Folge davon, die jedem Gerechtigkeitsgefühle widersprächen. Denn dann hätte es der Besteller in der Hand, durch Unterlassen der für die Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung den Erwerb des Unternehmers über Gebühr zu benachteiligen. Müßte sich doch der Unternehmer solange zur Herstellung des Werkes bereit halten, bis es dem Besteller genehm ist, die ihm obliegende Handlung vorzunehmen. Die Konsequenz tritt vor allem deutlich zu Tage, wenn der Vertrag ein Werk größeren Umfanges zum Gegenstande hat, das vielleicht die Tätigkeit des Unternehmers für lange Zeit in Anspruch nimmt. Freilich ist dem Unternehmer ein Entschädigungsanspruch für den Fall eingeräumt, daß der Besteller durch Unterlassen der ihm obliegenden Handlung in Verzug der Annahme kommt; jedoch das Interesse, das der Unternehmer an der Beendigung des Werkvertrages hat, ist hierdurch nicht immer befriedigt. Denn die Höhe jener Entschädigung findet gemäß § 642 Abs. 2 ihre Grenze in der vereinbarten Vergütung; der Unternehmer dagegen könnte vielleicht durch Verwendung seiner Arbeitskraft einen

---

[1]) Von Dernburg Bd. 2, S. 120; Endemann § 76 Anm. 12; Hellwig: Vorträge über das B. G. B. S. 158; Crome 1. § 973. Immerwahr S. 80 — ebenso Entscheidungen des R. G. Bd. 4 Nr. 69 — ist nämlich der Standpunkt vertreten worden, daß zu den wesentlichen Erfordernissen der Kündigung die Bedingungslosigkeit gehört.

A. M. Thiele im Archiv für civil. Praxis Bd. 89 S. 148; Lotmar Bd. 1 S. 575—577.

weit höheren Verdienst erzielen, wenn die Herstellung des versprochenen Werkes infolge des Unterlassens der Handlung durch den Besteller nicht so lange verzögert wäre.[1]) Mit Rücksicht auf diese Unzuträglichkeit, die die Nichteinräumung des Kündigungsrechtes für den Unternehmer zur Folge hätte, entschloß sich die Kommission für die II. Lesung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches in das Gesetz den § 643 aufzunehmen, ein Entschluß, den man vom sozialen Standpunkte aus nur billigen kann. Denn sind durch den § 643 einerseits dem Unternehmer gegenüber Unbilligkeiten vermieden, so liegt in der Einräumung des Kündigungsrechtes andererseits keine Härte für den Besteller. Ist er doch selbst nach erfolgter Kündigungserklärung noch in der Lage, die Wirkungen der Kündigung dadurch zu vermeiden, daß er die zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung vornimmt. Die Betrachtung des Grundes für die Einräumung des Kündigungsrechtes bietet den Schlüssel für die Lösung der Frage, welchen Einfluß auf jenes Recht die Privatdisposition hat. Im § 3 unserer Abhandlung[2]) haben wir gesehen, daß im Privatrecht der Vereinbarung der Vertragsteile die Geltung nur zu versagen ist, wenn das Gesetz selbst seine Norm als jus cogens gekennzeichnet hat, oder wenn sich rechtspolitische Bedenken gegen den dispositiven Charakter einer Vorschrift erheben. Einen Anhaltspunkt dafür, ob der § 643 zwingendes oder nicht zwingendes Recht normiert, bietet die Fassung des Gesetzes nicht. Wie wir aber soeben gesehen haben, waren es soziale Gründe, die zur Einräumung des Kündigungsrechtes des Unternehmers führten. Daher wird man anzunehmen haben, daß eine Ausschließung dieses Rechtes durch Vereinbarung der Vertragsteile nicht statthaft ist.

---

[1]) Prot. S. 329.
[2]) vgl. S. 13 f.

Auf der andern Seite hingegen wird einer Verabredung, durch die dem Unternehmer außerdem im § 643 zugesicherten, auch in andern Fällen ein Kündigungsrecht gewährt wird, die Gültigkeit nicht abzusprechen sein. Denn es ist kein Grund vorhanden, weshalb nicht die Vertragsteile bei Abschluß des Werkvertrages dem Unternehmer ein weitergehendes Kündigungsrecht einräumen könnten, als es vom Gesetze geschehen ist.

Wie aus § 1 unserer Abhandlung hervorgeht,[1] finden auf den Werkvertrag einige Bestimmungen des Auftrages entsprechende Anwendung, wenn der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Das Kündigungsrecht des Bestellers bleibt von diesem Einfluß der Auftragsregeln frei; nicht so das Kündigungsrecht des Unternehmers. Steht nämlich dem Unternehmer das Recht zu, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist den Werkvertrag zu kündigen, so finden nach § 675 die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung. Vom Gesetze ist zwar dem Unternehmer ein Kündigungsrecht ohne Kündigungsfrist eingeräumt, aber trotzdem findet meiner Ansicht nach die Bestimmung des § 671 Abs. 2 auf das gesetzliche Kündigungsrecht des Unternehmers nicht entsprechende Anwendung. Denn die Vorschrift des § 671 Abs. 2 hat lediglich den Zweck, den Auftraggeber vor einer unzeitigen Kündigung durch den Beauftragten zu schützen; dieser Gefahr ist aber bei einem Werkvertrage, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, der Besteller durch die Kündigung, die nach § 645 durch den Unternehmer erfolgt, nicht ausgesetzt, da die Wirkung dieser Kündigung noch von einer Bedingung abhängt. Will oder kann der Besteller diese Bedingung nicht erfüllen, nämlich die zur

---

[1]) S. 2 f.

Geschäftsbesorgung erforderliche Handlung nicht vornehmen, so hat er ja innerhalb der angemessenen Frist, die ihm vom Unternehmer für die Vornahme der Handlung zu setzen ist, genügend Zeit, für die Besorgung des dem Unternehmer aufgetragenen Geschäfts anderweit Fürsorge zu treffen. Mithin liegt ein Bedürfnis, den § 671 Abs. 2 auf das gesetzliche Kündigungsrecht des Unternehmers auszudehnen, nicht vor, obwohl der Unternehmer ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist nach § 643 den Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, kündigen kann.

Anders steht es dagegen, wenn bei Abschluß des fraglichen Werkvertrages neben jenem gesetzlichen Kündigungsrecht dem Unternehmer infolge Vereinbarung das Recht eingeräumt ist, ohne Einhaltung einer Frist den Vertrag zu kündigen. In diesem Falle wird man die Vorschriften des § 671 Abs. 2 gemäß § 675 entsprechend anzuwenden haben. Demnach darf dann der Unternehmer den Werkvertrag nicht zur Unzeit, nämlich nicht so kündigen, daß der Besteller für die Besorgung des Geschäftes nicht anderweit Fürsorge treffen kann. Von dieser Regel ist jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn der Unternehmer für die unzeitige Kündigung einen wichtigen Grund hatte. § 671 Abs. 2 Sz. 1. Sowohl die Frage, wann die Kündigung unzeitig ist, als auch wann trotz unzeitiger Kündigung wegen Vorliegens eines wichtigen Grundes die Kündigung als statthaft anzusehen ist, läßt sich allgemein nicht beantworten. Diese Frage ist vielmehr mit Rücksicht auf die vorliegende Geschäftsbesorgung, die den Gegenstand des Werkvertrages bildet, von Fall zu Fall zu entscheiden. Kommt man zu der Ueberzeugung, daß bei der Kündigung den Vorschriften des § 671 Abs. 2 Sz. 1 nicht genügt ist, so wird dadurch nicht etwa die vom Unternehmer ausgehende

Kündigung nichtig, sondern es treten trotzdem die Wirkungen der Kündigung ein. Die unzeitige Kündigung ohne wichtigen Grund hat nur zur Folge, daß der Unternehmer verpflichtet wird, dem Besteller den aus jener Kündigung entstehenden Schaden gemäß § 671 Abs. 2 Sz. 2 zu ersetzen.

§ 6. b. Die Wirkungen der Kündigung.

Die Kündigung des Werkvertrages durch den Unternehmer, äußert, ebenso wie die Kündigung durch den Besteller, ihre Wirkungen in der Aufhebung des Vertrages. Da nun gemäß § 643 Sg. 1 dem Unternehmer das Recht zusteht, nur unter einer Bedingung zu kündigen, so tritt die Aufhebung des Werkvertrages nicht etwa schon mit der Wirksamkeit der Kündigungserklärung ein; sie erfolgt vielmehr erst mit der Erfüllung der Bedingung.[1] Daher ist im Falle der Kündigung des Werkvertrages durch den Unternehmer für den Eintritt der Wirkungen nötig, daß der Besteller die seinerseits zur Herstellung des Werkes erforderliche Handlung in der vom Unternehmer festgesetzten Frist nicht vornimmt. Erst nach Ablauf dieser Präklusivfrist gilt der Werkvertrag als aufgehoben. § 643 Abs. 2.

Die Aufhebung des Werkvertrages erfolgt, wie bei der Kündigung des Bestellers, nur für die Zukunft. Der Unternehmer ist nicht mehr verpflichtet, das Werk herzustellen. Ferner kann der Unternehmer, wenn er den Werkvertrag gekündigt hat, nicht mehr die Entschädigung aus § 642 beanspruchen. Der § 642 Abs. 1 gewährt nämlich dem Unternehmer das Recht, eine angemessene Entschädigung, deren Höhe gemäß § 642 Abs. 2 von Fall zu Fall bestimmt werden muß, zu verlangen, falls der Besteller durch Unterlassen der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung in Verzug der Annahme kommt.

---

[1] Es ergibt sich dies aus § 158 d. B. G. B.

Planck meint freilich, dieser Entschädigungsanspruch stehe dem Unternehmer auch zu, wenn er den Werkvertrag gemäß § 643 kündige;[1]) allein diese Ansicht dürfte nicht ganz bedenkenfrei sein. Offenbar soll doch jener Anspruch dem Unternehmer den Schaden ersetzen, den dieser infolge des Annahmeverzuges des Bestellers durch seine Gebundenheit an den Vertrag erleidet, so daß als Voraussetzung jenes Anspruches das Bestehen des Werkvertrages erscheint. Fällt diese Voraussetzung aber fort, indem der Unternehmer seine Gebundenheit an den Vertrag dadurch löst, daß er den Werkvertrag durch Kündigung zur Aufhebung bringt, so wird man ihm jenen Entschädigungsanspruch aus § 642 nicht zugestehen können [2]) Soviel über die Wirkungen der Kündigung für die Zukunft.

Für die Vergangenheit ist dem Vertrage seine Wirkung belassen. Dies äußert sich in dem Anspruche, der dem Unternehmer nach erfolgter Kündigung eingeräumt ist. Nach § 645 Abs. 1 Sß. 2 kann nämlich der Unternehmer, wenn der Werkvertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird, einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Hieraus ergibt sich, daß die Höhe des infolge der Kündigung durch den Unternehmer diesem zustehenden Anspruches dieselbe ist, wie die des Anspruches, der dem Unternehmer zusteht, wenn der Werkvertrag vom Besteller wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages gekündigt ist. Demnach können wir von einer Betrachtung des Anspruches, soweit die Höhe in Frage kommt, Abstand nehmen und uns mit einer Verweisung auf Seite 41 ff. dieser Abhandlung begnügen.

---

[1]) Planck: S. 383.
[2]) Crome: Part. Rechtsgeschäfte S. 356. Oertmann Komm. S. 366.

Ebenso genügt für die Entscheidung der Frage, ob dieser Anspruch auf Entgelt oder Entschädigung geht, eine Verweisung auf die obigen Ausführungen.[1]) Wie dort, so haben wir es auch hier mit einem Anspruche auf Enschädigung zu tun, die Uebereinstimmung beider Ansprüche tritt aus der Fassung des Gesetzes deutlich hervor; beide Male ist auf den Anspruch des § 645 Abs. 1 Sz. 1 verwiesen. Sahen wir jedoch oben, daß die Verweisung des § 650 Abs. 1 allem Anscheine nach durch redaktionelle Gründe veranlaßt ist, so lassen sich für die Bezugnahme auf den Anspruch aus § 645 Abs. 1 Sz. 1 im Falle der Kündigung durch den Unternehmer meiner Ansicht nach noch innere Gründe finden. Denn wie nach dem Tatbestande des § 645 Abs. 1 Sz. 1 das Werk durch Gründe, die in der Person des Bestellers liegen, untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden sein muß, sodaß dem Unternehmer die Herstellung des versprochenen Werkes unmöglich ist, so ist auch Voraussetzung der Kündigung durch den Unternehmer mithin auch des Anspruches aus der Kündigung, daß durch das Verhalten des Bestellers der Unternehmer außer Stande gesetzt wird, das versprochene Werk zu vollenden. Auch das Erfordernis des Anspruches aus § 645 Abs. 1 Sz. 1, daß bei der Unmöglichkeit der Herstellung des Werkes nicht ein Umstand mitgewirkt haben darf, den der Unternehmer zu vertreten hat, findet bei den Voraussetzungen des Anspruches des Unternehmers aus der Kündigung sozusagen sein Gegenstück. Da nämlich der Besteller gemäß § 643 in Verb. mit § 642 Abs. 1 in Annahmeverzug gekommen sein muß, damit das Kündigungsrecht des Unternehmers begründet ist, so darf der Herstellung des Werkes, soviel am Unternehmer liegt, nichts im Wege stehen. Freilich decken sich beide Er-

---

[1]) S. 43 ff. dieser Abhandl.

fordernisse nicht: dort ist verlangt, daß der Unternehmer von jeglichem Verschulden frei ist, hier dagegen ist nur erforderlich, daß er nicht außer stande ist, die angebotene Herstellung des Werkes, soweit es auf ihn ankommt, zu bewirken; immerhin aber dürfte sich auch in diesen Erfordernissen eine — wenn auch nur schwache — innere Beziehung der beiden Ansprüche zu einander zeigen. Daß die Verweisung beim Anspruch des Unternehmers aus seiner Kündigung auf den Anspruch aus § 645 Abs. 1 Sz. 1 innere Gründe hat, scheint auch bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches berücksichtigt zu sein. Während nämlich bei der Verweisung des § 650 auf den Anspruch aus § 645 Abs. 1 Sz. 1, die offenbar redaktionelle Gründe mit sich gebracht haben, bestimmt ist: „dem Unternehmer steht der im § 645 Abs. 1 bestimmte Anspruch zu", so lautet für die Kündigung des Unternehmers die Bezugnahme in § 645 Abs. 1 Sz. 2: „das Gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 645 aufgehoben wird." Also auch der Wortlaut des Gesetzes bestätigt die aufgestellte Ansicht von der inneren Beziehung jener drei in Frage stehenden Ansprüche.

Trifft den Besteller beim Unterlassen der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Handlung ein Verschulden, so hat es mit dem Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und auf Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen nicht sein Bewenden. Dann kann nämlich der Unternehmer gemäß § 645 Abs. 2 seine Rechte, die sich aus den allgemeinen Vorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung ergeben, geltend machen; denn durch jenen Anspruch ist die über den § 645 Abs. 1 hinausgehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens nicht beschränkt. Da in diesem Falle der Unternehmer an der Vollendung des Werkes durch einen Umstand gehindert ist, den der Besteller zu vertreten

hat, so behält er gemäß § 324 den Anspruch auf die Gegenleistung; er muß sich jedoch anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Pflicht, das versprochene Werk herzustellen, an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt. Hieraus ergibt sich, daß dem Unternehmer im Falle der Kündigung des Werkvertrages gemäß § 643, wenn den Besteller beim Unterlassen der diesem obliegenden Handlung ein Verschulden trifft, derselbe Anspruch eingeräumt ist, wie wenn der Besteller den Vertrag gemäß § 649 kündigt. Demnach erübrigt es sich, an dieser Stelle auf den Anspruch noch einmal des näheren einzugehen.[1])

Die bisherigen Ausführungen über die Wirkungen der Kündigung des Werkvertrages durch den Unternehmer gelten im allgemeinen auch für den Quotalwerkvertrag. Da sich jedoch für die Berechnung der aus der Kündigung entstehenden Ansprüche wegen der eigenartigen Gestaltung des Entgeltes bei diesem Vertrage Bedenken erheben, so ist noch mit wenigen Worten auf die Wirkungen der Kündigung bei diesem Werkvertrage einzugehen. Wie gestaltet sich der Anspruch des Unternehmers, wenn den Besteller beim Unterlassen der Handlung kein Verschulden trifft? Zunächst geht dieser Anspruch auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung. Da beim Quotalwerkvertrag die Vergütung sich nach dem hergestellten Werke richtet, im Falle der Kündigung jedoch das Werk nicht vollendet wird, ist eine Berechnung der Vergütung mithin auch eines Teiles der Vergütung unmöglich. Daher wird man auf ähnlichem Wege wie oben[2]) bei der Feststellung des Anspruches vorzugehen haben: da nämlich in der Verabredung der partiarischen Lohnklausel ein Verzicht nicht zu erblicken ist, so wird man

[1]) Seite 19 ff. dieser Abhandung.
[2]) Seite 29 ff. dieser Abhandlung.

entsprechend den obigen Ausführungen dem Unternehmer im Falle der Kündigung durch ihn einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der nach § 632 zu bestimmenden Vergütung zubilligen müssen. Ueber die Voraussetzungen der Fiktion aus § 632 Abs. 1 beim Quotalwerkvertrage kann auf das oben Gesagte verwiesen werden.[1])

Ferner kann der Unternehmer Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Die Berechnung dieses Ersatzes bietet wie beim gewöhnliche Werkvertrage, so auch beim Quotalwerkvertrage keine Schwierigkeiten.

Weil der Anspruch des Unternehmers, falls den Besteller beim Unterlassen der Handlung Verschulden trifft, derselbe ist, wie derjenige, der sich aus der Kündigung des Bestellers aus § 649 ergibt, und die Gestaltung dieses Anspruches beim Quotalwerkvertrage bereits oben eingehend behandelt ist, so genügt hier eine Verweisung auf jene Ausführungen.[2])

---

[1]) Seite 29 dieser Abhandlung.
[2]) Seite 29 ff. dieser Abhandlung.

C. Schluß.

§ 7. Vergleich beider Kündigungsrechte.

Das dem Besteller zustehende Kündigungsrecht ist zwar durch Erfordernisse wenig eingeschränkt; die Wirkungen dieser Kündigung sind aber vom Gesetze so gestaltet, daß der Besteller nur dann den Werkvertrag kündigen wird, wenn er tatsächlich ein Interesse an der Aufhebung des Vertrages hat. Beim Unternehmer hingegen ist dieser Zweck durch die Vorschriften über die Erfordernisse seiner Kündigung vom Bürgerlichen Gesetzbuche erreicht.

Die Wirkungen der Kündigung des Werkvertrages stehen in eigenartiger Wechselbeziehung. Kündigt nämlich der Besteller den Werkvertrag, so kann der Unternehmer dasselbe verlangen, als wenn er selbst den Vertrag gekündigt und den Besteller beim Unterlassen der erforderlichen Handlung ein Verschulden getroffen hätte. Kündigt dagegen der Unternehmer den Vertrag und trifft beim Unterlassen der Handlung den Besteller kein Verschulden, so ist der Anspruch des Unternehmers gleich demjenigen, der ihm zusteht, wenn der Besteller den Werkvertrag wegen wesentlicher Ueberschreitung des Kostenanschlages gekündigt hat.